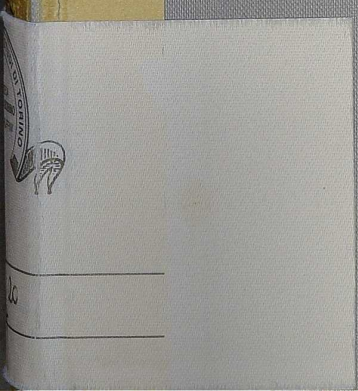

civiltà del diritto

collana già diretta da Francesco Calasso
- curata da Francesco Mercadante -

20

Santi Romano

Lo Stato moderno e la sua crisi

Saggi di diritto costituzionale

GIUFFRÈ EDITORE
MILANO - 1969

(1969) SOC. TIP. « MULTA PAUCIS » - 21100 VARESE - VIA G. GOZZI, 29

Gli scritti di Santi Romano ripubblicati in questo volume, anche se annoverati tra i « minori », conservano intatta, pur dopo i vari decenni trascorsi dalla prima apparizione, la loro suggestività, compulsati e ricordati continuamente, come sono, da giuristi e cultori della filosofia e delle « teorie generali » del diritto. In essi, meglio che un « metodo » si rivela un temperamento singolarissimo, in altre parole una personalità di prim'ordine, e per ciò stesso un Maestro nel senso pieno della parola; Maestro, ancor oggi ch'Egli non è più, non solo di dottrina, ma anche di chiarezza e di onestà mentale, per tante generazioni di studiosi, anche in avvenire.

Queste righe non hanno la benché minima pretesa di offrire una « prefazione » o « presentazione » ai saggi qui ripubblicati: due dei quali, sopratutto, possono considerarsi come un preludio all'opera più significativa della personalità scientifica del Romano, L'ordinamento giuridico; *un libro su cui per dirla alla buona, « ci siam fatti le ossa », giuristi di professione, e non. Per quanto mi riguarda, in vero, debbo riconoscere che dal secondo capitolo di tale opera ho tratto, da principio inavvertitamente, l'ispirazione a formulare la tesi, che se non m'inganno, potrà ancora farsi strada, della « relatività » della distinzione tra « fatto » e « valutazione giuridica ». Sono, appunto, i saggi volti a cogliere un momento, storico e logico ad un tempo, del « convertirsi » della « realtà di fatto » in diritto « positivo ».*

Rileggendo questi saggi, sono venuti affollandosi nitidamente alla memoria i ricordi della umanissima figura del Romano professore: e prima di tutto, le lezioni di diritto costituzionale — correva l'anno accademico 1916-17 della Università di Pisa. Apparentemente fredde, quasi distaccate (al confronto della, oserei dire, vulcanica incandescenza della

lezione, ascoltata la mattina, di Giovanni Gentile) le prime frasi sull'argomento che imprendeva a trattare, Egli veniva via via accalorandosi, pur nell'assoluta compostezza, sino a farci «sentire» la scrupolosità e la passione con cui era stata preparata la teoria enunciata. E poi, dopo la lezione, la pazienza (proprio angelica come scrissi altrove) nell'ascoltare le domande e le obiezioni dello studente che non aveva perduto una sola parola del Suo discorso; la prontezza delle risposte, prive di ogni accademico sussiego, sì che l'interlocutore era subito posto a suo agio; i consigli, preziosissimo per me quello di fare un buon tuffo nel diritto privato, prima di tentare qualche passo nel diritto pubblico... E, ancora, l'affettuoso interesse con cui seguiva le vicende dei suoi allievi: ricordo il tono delle Sue parole, a Roma, nei primi del 1920: «lo sa? Zanobini è stato il primo nel concorso di costituzionale e in quello di amministrativo». E come potrei dimenticare di essere stato ricondotto specialmente da Lui nell'alveo della carriera universitaria, dalla quale, trentasette anni or sono, avevo cercato di allontanarmi?

A. E. CAMMARATA

LO STATO MODERNO E LA SUA CRISI

I

LO STATO MODERNO E LA SUA CRISI

Discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 nella Regia Università di Pisa, da *Rivista di diritto pubblico*, Milano, 1910, 87. Ripubblicato in *Prolusioni e discorsi accademici*, Modena, 1931, 69.

Ogni scienza trova nella sua stessa natura e nei procedimenti che le son propri, qualche causa particolare e specifica di errori. Ma forse nessuna sfera della conoscenza umana somma in sé così copiose e perenni fonti di illusioni, come quella che ha per oggetto lo studio delle istituzioni politiche. Si tratta di fenomeni, di cui anche la semplice descrizione è difficilissima, sia perché la forma spesso ne cela e travisa la sostanza, sia perché, risultando dalla lotta, continua e mai composta di princìpi irreconciliabili, si presentano sotto aspetti nello stesso tempo molteplici e fuggenti. Le previsioni poi, che sembrerebbero più ragionevoli, sono non di rado turbate dal rivelarsi di elementi nuovi, che, anche quando son preparati da processi secolari, si manifestano di improvviso; dall'incontro e dalla fusione di correnti già fra di loro lontanissime; da ricorsi storici insospettabili; da miraggi ingannevoli, per cui ci si imbatte di frequente in istituzioni, la cui vita è soltanto fittizia o la cui morte, viceversa, è soltanto apparente. Eppure anche tali fenomeni sono governati da leggi a capo delle quali sta quella, per cui il diritto e la costituzione di un popolo rappresentano sempre il genuino prodotto della sua vita e della sua intima natura. Formulava, com'è noto, tale legge il fondatore della scuola storica del diritto, proprio nel tempo in cui, dall'improvviso sovvertimento di tutti i rapporti politici e dal formidabile urto, che aveva mandato in frantumi un mondo intero, sorgeva, come divelto dal passato, quasi come creazione *ex nihilo*, lo Stato moderno. Lo schianto violento della rivoluzione francese e i suoi contraccolpi avevano distrutto istituzioni che, senza dubbio, erano state elaborate dallo spirito secolare delle varie nazioni, e le istituzioni nuove, che sorgevano sulle loro rovine, sembravano piuttosto chiamate a vita dalla bacchetta magica di capricciosi legislatori,

sotto gli auspici e i dettami della dea ragione, che, a prima vista, avrebbe potuto meritar meglio il nome, grazie ai poeti non meno divino, di fantasia. Un ingegno non così profondo, come quello del Savigny, sarebbe stato sviato dall'osservazione, che recentissimamente ha costituito oggetto di critica alla sua teoria: che, cioè, assai spesso il diritto pubblico e, talvolta, anche quello privato, non è già il prodotto spontaneo dell'evoluzione di un popolo, ma deriva da una lotta, sul cui esito decide soltanto la forza materiale, sia che questa lotta si combatta nell'interno di uno Stato, sia che s'impegni fra più Stati, dei quali il vittorioso imponga all'altro, in modo più o meno mascherato, il proprio diritto. La dottrina del Savigny, affermata quando il contingente e il casuale celebravano con una serie di avvenimenti i loro trionfi più tipici, non avrebbe, secondo tali vedute, che la base di un sentimento romantico, il desiderio di trovare nel generale sfacelo un punto d'appoggio, che permettesse agli animi sgomenti la fede che non tutta vana era stata la sapienza del passato, e che il nuovo potesse riallacciarsi all'antico, curvato, ma non sradicato dalla tempesta. Avrebbe così il Savigny provato ancora una volta, che gli uomini non vedono mai ciò che sta ad essi vicino e cade sotto i loro occhi, o piuttosto non vogliono vederlo, per non distrarre il loro sguardo dal più seducente spettacolo delle stelle. Il Rousseau rimproverava al Grozio di essersi appoggiato ai poeti; al Savigny si potrebbe rimproverare di essere stato poeta egli stesso. Eppure nessuna accusa è stata mai più immeritata di questa e il rilevarlo può giovare in un momento in cui essa potrebbe assumere uno speciale valore e aggiungere un nuovo argomento a quelli sia dottrinali che pratici, con cui da più parti si muove all'assalto dell'edificio costituito dallo Stato moderno.

Se fosse possibile scomporre ne' loro vari elementi le istituzioni politiche, da cui risulta quello che può ben dirsi il diritto pubblico comune della maggior parte degli attuali Stati civili, essi sarebbero da classificarsi in tre distinte categorie. In queste si dovrebbe certamente far posto — però

nel senso che a momenti diremo — così alla recezione di un diritto straniero, come all'influenza che esercitarono correnti in massima parte teoriche. Ma la prima delle dette categorie dovrebbe comprendere tutti quei princìpi e quegli istituti, che sono un'immediata e diretta emanazione delle nuove forme di struttura sociale, che, se si manifestarono e s'imposero con le vie rivoluzionarie, non è, ciò nondimeno, dubbio, che vennero maturandosi con un lento e secolare processo, di cui la rivoluzione non fu che il momento culminante e decisivo. La caratteristica maggiore, e speriamo più duratura, dello Stato moderno, per cui esso appare l'unica fonte, se non l'unico subbietto, di ogni potere pubblico, ha precisamente quest'origine; e l'art. 3 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, proclamandone e formulandone il principio, in verità non faceva che delineare una situazione giuridica, che oramai emergeva evidente e s'imponeva in modo categorico. Era già lontano lo Stato medioevale, le cui diverse parti, com'è noto, spesso lottanti fra di loro, non avevano mai potuto fondersi in una completa unità, in modo che ciascuna si riteneva depositaria per virtù propria e per diritto originario di almeno una frazione della sovranità pubblica. Mediante una lunga serie di avvenimenti e attraverso infinite e sottilmodificazioni nella compagine intima della società, così d'ori dine economico come d'ordine morale, venne consolidandosi e imponendosi il principio, che doveva prima apparire già vigoroso, ma non pienamente maturo, nel cosiddetto Stato di polizia, e culminare poi nella figura dello Stato moderno. Il principio cioè, che lo Stato, rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce ad unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde con nessuno di essi, di fronte ai quali si erge con una personalità propria, dotato di un potere, che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che è la forza del diritto. Soltanto così esso sorpassa la caduca esistenza degl'individui, pure essendo composto di uomini; si eleva al di sopra degli interessi non generali, contemperandoli

e armonizzandoli; si pone nella condizione di curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, ricollegando in un'intima e ininterrotta continuità di tempo, di azione, di fini, momenti ed energie diverse, di cui esso è comprensiva e tipica espressione. Il Comune del nostro risorgimento aveva bensì accentuato, in una serie di istituzioni e col suo medesimo nome, il fine di rappresentare gli interessi della collettività largamente intesa, ma non era pervenuto al concetto, pur affermato dai romanisti e dai canonisti del medioevo, che questa potesse essere qualche cosa di diverso dai singoli suoi componenti, e non aveva per conseguenza dato vita ad un ente superiore alla stessa collettività, in senso concreto e contingente. Lo Stato di polizia non era neppure esso arrivato a tale astratta concezione e, nonostante che la sua fusione fosse già maggiore, pur rimaneva una specie di dualismo fra esso e il principe, che a volta a volta si proclamava padrone o servitore dello Stato medesimo, secondo che nel fatto predominava l'antico principio o quello che doveva definitivamente affermarsi. L'impersonalità del potere pubblico o, meglio, la personificazione del potere per mezzo dello Stato, concepito esso stesso come persona: ecco il principio fondamentale del diritto pubblico moderno: una persona immateriale, ma pur reale; un'entità non fittizia e immaginaria, ma che, pur non avendo corpo, riesce per mezzo di delicati e meravigliosi congegni giuridici, a formarsi, manifestare e imporre una propria volontà; non ombra o spettro, ma vero principio di vita, operante, se non per mezzo di un organismo, nel senso vero e stretto della parola, col sussidio di un insieme di istituzioni atteggiate ed armonizzate a questo scopo. Stupenda creazione del diritto, che ad una facile critica è sembrato che non abbia altra consistenza che quella di una fantasia poetica, ma che invece, frutto di un lungo e sicuro processo storico, ha dato vita ad una grandezza sociale, per esprimerci alla meno peggio, maggiore di ogni altra e più di ogni altra attiva e potente. Si deve ad essa se gli individui e i collegi che di fatto esercitano la sovranità, si comportano in quest'esercizio, non come titolari di un diritto pro-

prio, ma come organi dello Stato, di cui esplicano ed attuano la volontà suprema, come uffici impersonali. Sua Maestà non ha piedi, osservava il Mirabeau, alludendo per l'appunto a tale impersonalità, quando l'Assemblea costituente voleva umiliare un indirizzo ai piedi del re. Né il monarca né alcuna assemblea — sia pure traente la sua origine dal popolo — potrebbe più ripetere la famosa frase di Luigi XIV: Lo Stato son'io, e tanto meno ci sono più persone o comunità, che stiano al di sopra e al di fuori dello Stato. Il quale così appare e vuol essere non oggetto di dominio, non l'organo di una classe, di un partito, di una fazione, dominante per diritto di vittoria o di potenza, ma una compiuta sintesi delle varie forze sociali; l'espressione più alta di quella cooperazione fra gli individui e i gruppi di individui, senza la quale non c'è società ben ordinata; supremo potere regolatore e perciò poderoso mezzo di equilibrio. Anche quando nella pratica i suoi istituti si corrompono e degenerano, e l'inevitabile, permanente contrasto tra la forza oggettiva del diritto e la potenza arbitraria di chi detiene il potere tende a risolversi a favore di quest'ultima, rappresenta sempre un grande vantaggio e un grande progresso il fatto che tutto ciò non può considerarsi che come uno stato di cose che, lungi dall'essere consacrato e riconosciuto dall'ordinamento giuridico, si rivela a questo contrario.

Senonché questa luminosa concezione dello Stato, della quale qui non ci è consentito di seguire gli sviluppi e mostrare le applicazioni, sembra che, da qualche tempo in qua, subisca un'eclissi, che di giorno in giorno diviene più intensa, in modo che potrebbe essere non del tutto superstizioso il trarne non lieti presagi.

E anzi tutto, si potrebbe qui far cenno di quelle dottrine, che, pur prescindendo da ogni finalità politica, e non mirando a mutare l'attuale assetto delle istituzioni, che vogliono soltanto esattamente descrivere e definire, negano che lo Stato, anche così come adesso è costituito, possa considerarsi quell'ente astratto, fornito di una propria individualità e personalità, che noi abbiamo in esso ravvisata. Questa non sarebbe che

un'inutile e superflua finzione giuridica: la realtà, esaminata da vicino, ci mostrerebbe sempre una contrapposizione fra governati e governanti, e il pubblico potere si accentrerebbe, non solo di fatto, ma anche giuridicamente, in un numero più o meno grande di persone fisiche: nel principe, negli elettori, negli eletti, e così via. L'ente Stato, vero Briareo dalle cento braccia, anzi dagli innumerevoli organi, non esisterebbe che nella fantasia di giuristi più o meno filosofi, mentre una dottrina veramente positiva non potrebbe ammettere altra realtà all'infuori degli uomini. Strano modo di concepire la realtà che, per ripetere un famoso paragone, potrebbe corrispondere al ragionamento di chi negasse l'esistenza della $\sqrt{2}$, sol perché nel mondo dei fenomeni naturali non c'è nulla che vi corrisponda, o della Trasfigurazione del Raffaello, perché il fisico non può in essa scorgere che un pezzo di tela e dei colori. Comunque, qui non si potrebbe, senza far uso di argomenti troppo tecnici, mostrare l'inanità di siffatte teoriche, che si dicono empiriche e sono soltanto ingenue; ma forse non è inutile l'osservazione che chi volesse guardarvi in fondo potrebbe probabilmente scorgervi l'infiltrazione inavvertita e incosciente di tendenze, che non sono puramente speculative e rispecchiano qualche corrente che agita la vita sociale odierna. Poiché avviene spesso che il giurista anche esperto, che si propone di descrivere soltanto il diritto positivo qualunque esso sia, veda le istituzioni, attraverso il prisma che le deforma, del fermento di idee e di energie che premono su di esse.

Senonché giova mettersi su un terreno meno incerto e meno formale, e accennare a tutto un movimento, che mira a scalzare non la formula scientifica che definisce lo Stato moderno, ma le basi stesse su cui poggia il suo principio sostanziale: movimento dunque più pratico, almeno nei suoi fini, che dottrinario, sebbene dalla dottrina prenda qualche volta le mosse.

Probabilmente, il movimento cui alludiamo è costituito da molteplici e svariate energie, alcune delle quali sono così tenui che si discernono appena, ma esse, forse appunto per

ciò, amano sovente fondersi assieme, in modo che, viste nel loro complesso, si presentano come un grandioso e interessante fenomeno.

Alimenta la corrente o, almeno, senza concorrere né a costituirla né ad accelerarla, le conferisce un certo aspetto quel rinnovato sentimento di imperialismo, che ora nega la stessa ragion d'essere del diritto e quindi dello Stato moderno, il quale si afferma, innanzi tutto, come Stato giuridico, ora sostiene esser giusto che l'ordinamento istituzionale si traduca in una specie di codice della forza. « Io dico in verità che il giusto è ciò che conferisce al più potente »: son parole del sofista Trasimaco che si potrebbero porre come epigrafe agli scritti di ben noti filosofi e politici moderni. Lo Stato attuale pareggia innanzi al diritto — ed è una sua nota tipica — i deboli e i forti, gli umili e i potenti, mentre dovrebbe secondare e rispecchiare gl'istinti della conquista, dell'eroismo, della lotta fra gl'individui, fra le diverse classi e fra le diverse razze. Traviamento il fine che si propongono le vigenti istituzioni di cercare il benessere collettivo a favore di un gregge che non ne sarebbe degno; traviamento, per conseguenza, ogni costituzione che non sia rigorosamente ed esclusivamente aristocratica, anzi, più esattamente oligarchica. E se queste dottrine abbiamo qui richiamate nella loro estrema e, possiamo ben dire, mostruosa formulazione, non bisogna dimenticare che esse, non soltanto hanno ispirato i filosofi dionisiasti, ma si rinvengono, larvate sotto apparenze più positive, e con caratteri più attenuati, in concezioni sociologiche, in verità molto pedestri ma non perciò poco diffuse. E indipendentemente poi da ogni influenza teorica, il sentimento di esagerato egoismo e il mancato concetto di giustizia, che sta a base di esse, si palesa in alcune manifestazioni della moderna vita sociale — inconscio, ma non perciò meno pericoloso — cosicché può essere non inutile l'additarlo. Se i tempi nostri infatti hanno accentuato quei sentimenti di equità, di umanità, di solidarietà, cui guardano con disprezzo i sostenitori della morale eroica, non è men vero che questi sentimenti corron

pericolo di mostrarsi vani, proprio quando dovrebbero soccorrere, cioè quando i contrasti sociali più si accentuano, come nell'ora presente.

Intanto è precisamente da questi contrasti o, meglio, da uno speciale atteggiamento da essi assunto, che riceve la sua maggior forza il movimento che determina una specie di crisi nello Stato moderno. In seno ad esso, e sovente, come vedremo, contro di esso, si moltiplicano e fioriscono con vita rigogliosa ed effettiva potenza, una serie di organizzazioni ed associazioni, che, alla loro volta, tendono ad unirsi e collegarsi fra loro. Esse si propongono gli scopi speciali più disparati, ma tutte hanno un carattere comune: quello di raggruppare gl'individui col criterio della loro professione o, meglio, del loro interesse economico. Sono federazioni o sindacati di operai, sindacati patronali, industriali, mercantili, di agrari, di funzionari, sono società cooperative, istituzioni di mutualità, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza, tutte costituite sul principio indicato, dal quale ricavano la loro collettiva fisionomia. Giustamente, in questo risorgere di tendenze corporative a base professionale, che furono già così fiorenti prima che col sorgere dello Stato moderno venissero quasi del tutto meno, si è visto il maggior fatto dell'età contemporanea: esso è, per lo meno, quello che si presenta il più generale di tutti, il più sicuro e il più facilmente constatabile. Non si tratta di un movimento artificiale, galvanizzato da dottrine più o meno seducenti: queste hanno in esso una parte del tutto secondaria, e la sua fonte principale sta nel bisogno di una più salda e più organica compagine sociale. Bisogno generalmente avvertito, che prende naturalmente consistenza e colore diverso, secondo l'indirizzo con cui si cerca di soddisfarlo, ma che viene stimolato da tutte le parti e secondato da tutti i partiti. Lo promuovono e l'agevolano coloro che mirano ad un sovvertimento generale degli attuali ordinamenti; lo guardano con simpatia, come potente affermazione di vitalità democratica, coloro che, pur rifuggendo da vie incostituzionali, vagheggiano riforme profonde e radi-

cali; lo propugna, anche ufficialmente, la Chiesa cattolica, che, specie con l'enciclica *Rerum novarum*, si è mostrata decisamente favorevole al sistema corporativo. Cosicché, se vogliamo adoperare la parola sindacalismo per accennare a siffatto fenomeno, tale parola è da usare in senso molto largo, e non per designare soltanto le organizzazioni operaie e, tanto meno, quelle, fra tali organizzazioni, che hanno carattere più o meno rivoluzionario. Il movimento, comunque sia prima apparso, oramai si è esteso e generalizzato, e se ritiene qualcuno dei suoi atteggiamenti originari, ciò, con ogni probabilità, non è che del tutto contingente. È in altri termini, il cosiddetto sindacalismo integrale, che pur conservando propriamente o meno l'antico nome, e ricollegandosi, per alcuni caratteri, alle antiche sue manifestazioni, acquista movenze e forme sempre più larghe e complesse.

Non è nostra intenzione rintracciare né le origini storiche né il fondamento economico — che certo è il preponderante — del fenomeno medesimo, che a noi interessa solo per le sue conseguenze dirette sulla struttura costituzionale dello Stato. Intanto nella sua stessa affermazione, è implicito per necessità logica un presupposto: l'odierna organizzazione statuale, pel fatto che si sente il bisogno di organizzazioni nuove, complementari ad essa, se pure non contrarie, si dimostra per ciò stesso insufficiente. Infatti è constatazione oramai antica e del tutto ovvia, che l'ordinamento politico che seguì alla rivoluzione francese — come del resto ogni altro che sia il prodotto di un rivolgimento catastrofico — porti ancora con sé il suo peccato di origine: quello, cioè, di essere eccessivamente semplice. Frutto di una reazione portata alle ultime conseguenze, esso credette di poter trascurare una quantità di forze sociali, che o s'illuse fossero venute meno, o alle quali non diede importanza, considerandole come semplici sopravvivenze storiche, destinate a scomparire in brevissimo tempo. Peggio ancora: spesso non volle riconoscere ciò che dimostrava di avere ancora un'indistruttibile vitalità, solo per timore che con tale riconoscimento potesse dare adito e pretesto alla ricostruzione

del passato. Scomparsi e soppressi ceti e corporazioni, ridotti alla minima espressione persino i Comuni, non si volle porre di fronte allo Stato che l'individuo: l'individuo in apparenza armato di una serie infinita di diritti enfaticamente proclamati e con non costosa generosità largiti, ma nel fatto non sempre protetto nei suoi legittimi interessi. Mentre l'organizzazione dello Stato moderno, in quanto concerne il suo affermarsi come unico potere sovrano, non è dubbio che abbia fedelmente rispecchiato la nuova struttura sociale, essa si palesò presto del tutto deficiente, nel regolare, anzi spesso nel non riconoscere gli aggruppamenti degli individui, pur così necessari in ogni società pervenuta ad un altro grado di sviluppo. Si capisce, che la vita sociale, che non è mai dominata dalle regole giuridiche, ha continuato ad evolversi per suo conto e si è posta in contraddizione con un sistema non consono ad essa, magari accentuando oltre il necessario, come suole avvenire, la contraddizione e la lotta che ne è la conseguenza.

Intanto, se in questa breve ora ci fosse consentito, sarebbe interessante mettere in vista come a poco a poco, e spesso senza neppure accorgersene, il diritto moderno abbia qua e là ceduto, ora modificandosi, ora cercando, quando le sue disposizioni erano un po' dubbie, di favorire l'interpretazione, che, magari a costo dell'esattezza, poteva servire a non impegnarlo maggiormente in una lotta per esso svantaggiosa. Si potrebbe a questo proposito ricordare le dispute che, pure attinendo al campo del diritto privato, sono state originate da motivi d'ordine pubblico, circa la legittimità dei sindacati industriali, dispute che ormai vanno componendosi in favore della legittimità medesima. E si potrebbe anche rilevare come in Italia si costituiscano, e vivano indisturbate le associazioni dei pubblici funzionari, anche quelle, per esempio, dei magistrati, per cui potrebbero esser giustificati dei dubbi. Ad ogni modo tipico e caratteristico è l'atteggiamento assunto in ordine al sindacalismo dal diritto positivo francese. Esso, com'è noto, ha tenuto fermo, sino a pochi anni addietro, i princìpi per cui già nel 1791 aveva proceduto allo scioglimento delle

corporazioni d'arti e mestieri e proibito la loro ricostituzione sotto qualsiasi forma. Senonché l'affermarsi sempre più generale e vitale delle organizzazioni operaie l'ha indotto ad attenuare quelle disposizioni restrittive, che non avrebbe potuto materialmente applicare, senza ricorrere a delle sanzioni penali contro un numero grandissimo di persone. E dove non ha provveduto il legislatore, viene mano mano provvedendo la giurisprudenza con delle larghe, ma dubbie interpretazioni. Così, mentre un'autorevole opinione dottrinale nega che i sindacati di funzionari siano stati permessi dalla legge 1 luglio 1901, tali sindacati fioriscono in grandissimo numero, il Governo ne proclama la legalità in seno alle Camere, e il Consiglio di Stato si spinge sino al punto di affermare la capacità delle associazioni medesime a stare in giudizio contro un provvedimento dell'autorità relativo allo stato giuridico di un loro membro.

Il diritto pubblico moderno dunque non domina, ma è dominato da un movimento sociale, al quale si viene stentatamente adattando, e che intanto si governa con delle leggi proprie. E mentre gli scrittori politici si abbandonano secondo i diversi temperamenti alle visioni o alle discussioni critiche; mentre si domanda se si verifica una specie di ricorso storico alle corporazioni medioevali; mentre si dubita se i moderni sindacati faranno divampare la lotta sociale e si questiona sulle loro possibili conseguenze circa l'energia del carattere individuale, il funzionamento dei pubblici poteri, l'avvenire del collettivismo e l'evoluzione in genere del mondo economico, le organizzazioni delle varie classi si moltiplicano in maniera prodigiosa. E moltissime assumono, ora in modo larvato, ora apertamente, un atteggiamento antagonistico di fronte allo Stato. La corrente più moderata e conservatrice, nel medesimo tempo che afferma che i corpi professionali debbono svolgersi sotto la garanzia e il controllo di quest'ultimo, avverte che essi non devono mai divenire strumenti suoi ufficiali, accentuandone così, se non il carattere di opposizione, quello di indipendenza. Sotto altri punti di vista

poi e per quanto riguarda il loro pratico atteggiamento, è superfluo rilevare che in tutte le associazioni di tal genere, per esempio in quelle dei funzionari, è insita l'idea di acquistare una potenza materiale, che possa premere sui pubblici poteri, in modo da ottenere con la forza che deriva dall'unione, ciò che lo Stato, ascoltando la voce della semplice giustizia, si teme che non concederebbe. Talvolta poi, senza riserve e senza sottintesi, è la sostituzione dell'attività del sindacato a quella statuale, che si reclama. È precisamente il programma, nella sua forma più radicale e rivoluzionaria, questo cui mira il sindacalismo operaio in senso stretto. E in Francia i sindacati dei pubblici funzionari insistentemente reclamano di partecipare alla federazione generale del lavoro, appunto perché, nonostante abbiano interessi divergenti da quelli delle classi lavoratrici, che potrebbero meglio difendere con un'organizzazione autonoma, ne dividono gli intendimenti antistatuali. Basti ricordare il famoso manifesto degli istitutori sindacalisti del 24 novembre 1905, in cui si dichiara che « i sindacati debbono prepararsi a costituire i quadri delle future organizzazioni autonome, alle quali lo Stato rimetterà la cura di assicurare, sotto il suo controllo e sotto il loro controllo reciproco, i servizi progressivamente socializzati ».

Senonché, se giova rilevare i punti in cui il vario movimento corporativo tende a coincidere, sarebbe assolutamente inesatto il non differenziare il movimento medesimo in due distinte correnti: ambedue sono alimentate, come già ebbe a notarsi, da fattori economici, ma l'una li accentua e li esagera oltre ogni misura e ne trae estrème conseguenze; l'altra invece si appoggia ad un sano idealismo e non dimentica che altri elementi, oltre quelli economici, determinano e consolidano ogni conquista dell'umanità. La prima di tali correnti, è, com'è naturale, la più semplice, anzi la più semplicistica e, nella sua logica, non bada al precetto *cave a consequentiariis*. È, in altri termini, la concezione del « diritto economico » del Proudhon, che si sovrappone a quella del « diritto politico », su cui rivendica una specie di primogenitura, che sarebbe stata inavvertita

solo per effetto di un'illusione storica. Principio e fine d'ogni organizzazione sociale sarebbe la pubblica economia e l'aver riguardo alle esigenze di essa sarebbe non solo necessario — il che niuno contesta — ma anche sufficiente. In modo che da tal punto di vista si arriva — e lo si afferma senza reticenze — alla decomposizione dello Stato moderno. L'unità e la sovranità di quest'ultimo non avrebbero ragione di esistere e sarebbero destinate a scomparire: è tutto un coro di voci che, specie in Francia, si eleva in questo senso e riprende il grido che aveva già lanciato il Proudhon. Invece dell'astratta sovranità dello Stato, aveva preconizzato quest'ultimo « una sovranità effettiva delle masse lavoratrici regnanti, governanti, dapprima nelle riunioni di beneficenza, nelle camere di commercio, nelle corporazioni d'arti e mestieri, nelle compagnie di lavoratori, nelle borse, nei mercati, nelle scuole, nei comizi agricoli, e finalmente nei comitati elettorali, nelle assemblee parlamentari e nei consigli di Stato, nelle guardie nazionali e persino nelle chiese e nei templi ». L'organizzazione sociale sarebbe data dalla federazione di questi gruppi mutualisti e, accanto ad essi, dai Comuni e dalle Province. Senonché adesso si va ancora più in là e dalla demolizione non si vorrebbe salvare neppure il Comune, l'associazione politica elementare, che istintivamente abbiamo sempre considerata come necessaria e alla quale ci legano i vincoli più naturali e più saldi. Essa, secondo il Duguit, avrebbe cessato di essere « un gruppo sociale coerente ». Cosicché le associazioni professionali dovrebbero non già svolgersi accanto e assieme a quelle determinate dai vincoli del territorio, della nazionalità, in altri termini, a quelle politiche, nel senso stretto ed etimologico della parola, ma potrebbero, anzi dovrebbero fare a meno di esse, il cui valore non sarebbe che geografico. Non il caso della nascita, un fiume o una montagna dovrebbe determinare la coesione dei singoli individui, che meglio resterebbe fondata sulla forza produttiva, sul mestiere, sull'attività economica. Il potere centrale, se pure di esso ci sarà bisogno, ridurrebbe, in un avvenire prossimo, la sua azione ad una semplice parte di

controllo e di sorveglianza. E ciò sarebbe possibile perché il movimento sindacalista, dopo un periodo più o meno lungo di perturbamenti e forse di violenze, darebbe alla società politica ed economica di domani una coesione che da secoli la nostra società non ha conosciuto. Queste, si noti bene, son vedute non soltanto di chi restringe il fenomeno del sindacalismo alle classi operaie, ma anche di chi è pervenuto alla concezione di un sindacalismo più complesso e integrale, esteso a tutte le classi, cioè a tutti i gruppi di individui appartenenti ad una data società fra cui esiste una interdipendenza particolarmente stretta, pel fatto che servono ad una funzione del medesimo ordine nella divisione del lavoro sociale.

E si potrebbe agevolmente continuare in questa rassegna, non priva d'interesse, delle previsioni che per opera di fantasie più o meno fervide, si accumulano giorno per giorno sulla organizzazione corporativa della società futura. Che se taluno, più prudente, dichiara di non volere spingersi troppo oltre nel precisare i dettagli di siffatta organizzazione, non avendo voglia di ricostruire a suo modo la città di Utopia, altri dimentica la ripetuta esperienza che ogni movimento sociale non percorre mai una via compiutamente tracciata sin da principio, ma va aprendosi a mano a mano il cammino, di cui non è dato prevedere l'estensione e il punto d'arrivo. Senonché bisogna pur riconoscere che la verità è una dea assai capricciosa, che ama spesso celarsi sotto le parvenze più fantastiche e non manca mai di far capolino, sia pure per un attimo, dietro i fantasmi e le chimere. Sarà bene per conseguenza tener conto anche di queste e tentare di vedere ciò che si nasconde sotto di esse.

Il nucleo di verità più indiscutibile che anima le moderne tendenze al sistema corporativo sta nel rilievo molto semplice, che i rapporti sociali che direttamente interessano il diritto pubblico non si esauriscono in quelli che hanno per termini l'individuo, da una parte, lo Stato e le comunità territoriali minori, dall'altra. Come sarebbe del tutto contrario al più evidente e sicuro processo storico da cui la nostra civiltà è

derivata, prescindere da quest'ultime, così appare esigenza elementare e fondamentale tener conto anche delle organizzazioni sociali derivanti da vincoli diversi da quelli territoriali. E fra queste le più salde e le più spontanee, anzi le più necessarie sono, almeno nell'ora presente, determinate dall'interesse economico degli individui che le compongono. La distinzione in classi della società è, del resto, un fenomeno, che solo in periodi transitori può attenuarsi, senza che comunque venga mai meno. Essa può esser sembrata pericolosa e contraria all'ordine pubblico in momenti in cui da una parte si delineava viva la lotta fra le diverse classi e, dall'altra, si poteva ritenere distrutto o antiquato il fondamento di ciascuna di esse. Senonché si tratta per l'appunto di uno di quei fenomeni necessari, che, cessata una delle loro manifestazioni, ne trovano immancabilmente un'altra. Le esigenze economiche della società moderna hanno potuto così far rinascere una distribuzione e un'organizzazione dei singoli, che prima aveva caratteri e finalità diverse, ma che è in sostanza una fase nuova di un'antica e perenne esigenza sociale. Da questo punto di vista, il sistema corporativo, considerato nel suo svolgimento normale e non nelle sue degenerazioni, appare naturale, può servire a mitigare le dannose conseguenze dell'eccessivo individualismo, fonte di contrasti e di lotte, a sviluppare il sentimento di solidarietà fra i singoli, e il sentimento di reciproco rispetto fra i diversi gruppi di individui, contribuendo così ad una più completa e compatta organizzazione sociale. E per quanto riguarda la costituzione politica, si può anche sperare che il movimento corporativo, sia diretto, non già a travolgere lo Stato, nella figura che, per diritto moderno, è venuto assumendo, ma a completarne le deficienze e le lacune, che, come si è visto, presenta per necessario effetto della sua origine. Non si può infatti disconoscere che una serie di princìpi dell'attuale diritto pubblico non si deve ad un'esatta traduzione nel suo sistema d'imperiose e chiare esigenze sociali, ma precisamente al mancato rilievo di quest'ultime, che o non si vollero riconoscere o non si poterono far valere in un momento

in cui una profonda perturbazione doveva occultarle o presentarle sotto un aspetto non proprio. Appunto per tale motivo, a completare l'edificio dello Stato moderno, in parte si ricorse all'adozione di istituti stranieri, nella credenza di poter trapiantare o imitare il diritto pubblico inglese, in parte si ricorse al fragile sostegno di quei princìpi dottrinari, che apparivano allora assiomi della più indiscutibile ragion naturale. Per fortuna, anzi in virtù della legge, per cui non c'è vero diritto che non rispecchi un'effettiva condizione sociale — legge che anche in tal caso non è venuta meno, come superficialmente si potrebbe credere — la conseguenza di ciò non fu l'aver creato istituzioni contrarie alle nuove esigenze e ai nuovi bisogni, ma solo l'illusione di aver dato vita a delle compiute istituzioni giuridiche, quando non si erano in realtà ottenute che forme prive di contenuto, schemi che erano e sono ancora da riempirsi. Le costituzioni moderne hanno avuto bensì la pretesa di consacrare nel loro testo tutti i princìpi fondamentali del diritto pubblico, ma il più delle volte non hanno fatto che accennare istituti, che poi non hanno regolato, e scrivere le intestazioni di capitoli, che non sono nemmeno abbozzati. Esse per conseguenza presentano una serie di lacune molto maggiori di quanto generalmente non si creda. Ciò fu ed è un bene, giacché in tal modo è possibile che la lotta che sembra dirigersi, nell'attuale momento, contro di esse, assuma diverso carattere, quando potrà constatare di svolgersi in un campo in cui non ci son trincee da abbattere, ma solo difese da innalzare. Costruire e non distruggere: è questo, più che altro, il compito che può e deve proporsi, rispetto all'ordinamento politico, l'evolversi dell'attuale vita sociale e, quando avrà costruito, probabilmente i nuovi edifici non contrasteranno con la solida e severa architettura dello Stato moderno, ma poggeranno sulle stesse sue basi e ne costituiranno parti integranti.

C'è, per esempio, nel diritto pubblico comune agli attuali Stati, un istituto al quale si guarda con un assai curioso sentimento: con la credenza, da una parte, che esso sia necessario

e vitale, con la coscienza, dall'altra, che il suo scopo non rimanga raggiunto. Nessun partito, o quasi, ne farebbe a meno, ma tutti ne sono ugualmente scontenti. È l'istituto della rappresentanza politica, che qui conviene menzionare, come quello che per più rispetti ha nessi indiscutibili col nostro tema, giacché si propone per l'appunto il fine di mettere in immediato contatto la costituzione dello Stato e quella della società, le istituzioni con gli elementi mobili e fluttuanti della vita pubblica: i sostenitori infatti del sistema corporativo hanno costantemente rivolto su di esso la loro attenzione. Ma non sempre si son resi conto di ciò che quel sentimento generale cui abbiamo alluso potrebbe significare: che si tratta di un istituto, che non ha bisogno di esser divelto dai princìpi fondamentali su cui poggia, ma che deve ancora acquistare un positivo contenuto, in quanto si propone uno scopo, che è, e dev'essere il suo, ma non lo raggiunge, è l'affermazione di un giusto principio, ma non ha un regolamento pratico ed efficace. Forse non è inutile ricordare che la rappresentanza politica nacque ed acquistò la sua fisionomia caratteristica in Inghilterra, cioè in un ordinamento, che non prescindette, sino ad un tempo assai prossimo, dalla distinzione della società in classi, distinzione che vi lascia tuttavia delle orme profonde. Senonché, trasportati in un diverso clima politico, i suoi caratteri, prima così decisi, si sono scoloriti e quasi cancellati. Com'è noto, l'opinione più diffusa afferma adesso che ciò che si dice rappresentanza politica solo inesattamente o, tutt'al più, per finzione giuridica conserva siffatto nome, poiché, essa, così com'è regolata, non dà vita a nessun rapporto fra eletti ed elettori, che sia un vero rapporto di rappresentanza. Saranno teoriche esagerate e inesatte, ma ciò non toglie che una gran parte di verità in esse non si contenga. In sostanza, al principio democratico rappresentativo non si è attribuito che un valore negativo: cioè lo si è contrapposto al principio regio e aristocratico, per negare che il popolo possa essere soggetto ad un solo o a pochi. Ma il suo lato positivo è rimasto sempre nell'ombra, e bisogna convenire nella giusta osserva-

zione che gli attuali sistemi elettorali sono assai mediocri espedienti, preferibili al sistema dell'estrazione a sorte, adottato da qualche antica democrazia, per esempio, da quella ateniese, ma pur sempre di molto inferiori allo scopo che vorrebbero proporsi. La cosiddetta volontà popolare ha assai poche probabilità di trovare nei parlamenti il suo fedele oracolo, quando l'eletto è, per il tempo che intercede fra un'elezione e l'altra, indipendente dai suoi elettori; quando ad una organica rappresentanza delle minoranze non riescono né i vari meccanismi all'uopo poco fruttuosamente escogitati, né il più semplice, ma più empirico sistema della specializzazione del popolo in collegi; infine quando i rappresentanti son migliaia di persone casualmente raggruppate, ma distinte per modo di pensare, per interessi, per cultura e quindi per divergenti volontà. Ed è senza dubbio vera l'osservazione di un arguto scrittore, che più aumentano gli elettori illuminati, più si sviluppa la coscienza civile e politica de' singoli, più aumenta, in altri termini, la civiltà, e meno possibile diventa che l'eletto rappresenti gruppi così poco omogenei e numerosi di individui. La composizione delle camere elettive ha così qualche cosa di estremamente artificiale e fittizio. E intanto non può negarsi che tutto un complesso di cause, le più svariate, hanno attribuito al popolo una forza politica, che va sempre più aumentando: le migliorate condizioni economiche, il diffondersi della pubblica opinione e dello spirito critico e indagatore, l'allargarsi della cultura, la stampa quotidiana, la facilità di riunirsi e di associarsi, i contatti provocati dal lavoro industriale moderno che raccoglie attorno alle macchine gli operai, la rapidità dei mezzi di comunicazione, che ha abolito la vita sedentaria ed è potente mezzo di avvicinamento. Così molte volte avviene che la stampa e altre manifestazioni energiche delle forze sociali prevengono la tribuna parlamentare e l'opera dei partiti, esercitando sul lavoro legislativo ben maggiore influenza che non questi. Ed è vero che, accanto alle forme di responsabilità giuridica e politica del Governo, indipendentemente da esse e con maggiore efficacia pratica, si

è sviluppata una specie di responsabilità sociale dei ministri, che, facendo a meno del Parlamento, pone in diretto contatto popolo e Governo. La stessa esistenza di una stampa ufficiosa è un fatto che si potrà deplorare, ma che può precisamente servire a mettere in evidenza questo lato extragiuridico dell'odierna vita pubblica.

La crisi dunque dello Stato attuale si può ritenere che sia caratterizzata dalla convergenza di questi due fenomeni, l'uno dei quali aggrava necessariamente l'altro: il progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico, e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato. E tale deficienza può spiegare il perché anche quelle associazioni e aggruppamenti d'individui che, per la loro natura e per i loro interessi, dovrebbero non schierarsi contro lo Stato, tendono talvolta a far causa comune con quelle che propugnano una radicale e rivoluzionaria trasformazione dei pubblici poteri. Egli è che per questo, e anche per altri motivi, si è diffusa una certa sfiducia — che non può non ritenersi estremamente dannosa — contro la possibilità di trovare in istituzioni create dallo Stato e inquadrate nel suo ordinamento, il rimedio eroico che si cerca. Ed è curioso e interessante notare che se in un istituto, per caso raro, convergono le simpatie e le speranze di molti, si diffonde, anche quando è perfettamente ingiustificata, l'opinione, che esso sia contrario ai princìpi dello Stato moderno. Così, per esempio, noi non sappiamo e qui non vogliamo indagare, se la rappresentanza politica possa rinnovarsi e raggiungere il suo scopo, per mezzo della cosiddetta rappresentanza degli interessi: sistema che, almeno a prima vista, sembra corrispondere alla crescente divisione in classi e corporazioni della nostra società, e che richiamerebbe certo alle sue origini e al suo primitivo significato l'oramai antico istituto. Senonché è assai comune il rilievo che esso importerebbe attribuire una frazione della sovranità a ciascun gruppo o

classe, e che perciò è per la sua stessa natura incompatibile col principio che unifica e assomma nello Stato ogni potere pubblico: e mentre i suoi avversari si avvalgono di questo argomento per combatterlo, alcuni suoi fautori si fermano con compiacenza su questa pretesa incompatibilità, per svolgere e confortare le loro idee antistatuali. La verità invece sembra che sia diversa e, a parte la difficoltà pratica di conciliare gli interessi particolari di ciascun gruppo con quelli generali, la rappresentanza dei primi non è in urto con la difesa dei secondi, più di quanto l'attuale divisione in collegi elettorali non neghi l'unità dello Stato e l'organicità dei suoi interessi. Di recente, si è fatta da più parti rivivere un'idea, che già aveva avanzata lo Stuart-Mill, l'idea cioè di istituire una serie di parlamenti speciali, per ciascun ramo della legislazione, riguardante direttamente questo o quel gruppo sociale. E mentre qualcuno vorrebbe ad essi attribuire delle semplici funzioni consultive, altri invece crede che questi nuovi organi dovrebbero possedere una vera e propria competenza legislativa, dalla quale verrebbe naturalmente limitata quella del Parlamento centrale, il cui ufficio sarebbe più che altro un ufficio di controllo, esercitantesi specialmente con le forme dell'approvazione e del veto. Altri ancora propugna che, lasciandosi sussistere la Camera elettiva che attualmente possediamo, o anche modificandola col sistema della rappresentanza delle minoranze, si riformi il Senato, facendone una Camera, i cui componenti sarebbero eletti dai collegi professionali.

Ma qualunque idea voglia accogliersi intorno a queste proposte che, nel fermento dell'ora attuale, fioriscono e si avvicendano, un principio sembra a noi che risulti sempre più esigente e indispensabile: il principio, cioè, di un'organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi. E quest'organizzazione superiore potrà essere e sarà ancora per lungo tempo lo Stato moderno, che potrà conservare quasi intatta la figura che attualmente possiede. Esso per la sua sostanziale

natura, non è già uno strumento di classe, come a taluni appare, un'ipocrisia mostruosa, dietro la quale si celi il dominio di un numero più o meno grande di persone, un'illusione davanti a cui, secondo la frase del Nietzsche, solo ai miopi sarebbe lecito di inginocchiarsi. Sorto, checché si dica in contrario, pel fine opposto, esso ha la potenzialità di affermarsi come un organismo che superi gl'interessi parziali e contingenti, che faccia valere una volontà che possa ben dirsi generale, l'unico istituto, ad ogni modo, fra quelli che l'umanità ha finora conosciuto, che sia in grado di dar vita ad un ordinamento politico che impedisca alla futura società corporativa di ritornare ad una costituzione assai simile a quella feudale. Maggiori saranno i contrasti che dalla specificazione delle forze sociali e dalla loro cresciuta e organizzata potenza deriveranno, più indispensabile apparirà l'affermazione del principio, che il potere pubblico non potrà considerarsi che come indivisibile nella sua spettanza, per quanto più larga e più confacente possa rendersi la partecipazione delle varie classi sociali al suo servizio. E non soltanto il simbolo, ma l'ente reale, in cui tale principio si affermerà sempre maggiormente, non può essere che lo Stato, reso ancora più saldo nella sua potenza e più attivo, vera personificazione di quella collettività ampia e integrale, che una crisi momentanea può mostrare in eclissi, ma che è destinata ad acquistare coerenza e consistenza sempre maggiore. Certo nessuno può oggi credere che la nostra vita costituzionale abbia trovato quelle forme nelle quali possa sperare di adagiarsi per un tempo indefinito. Forme nuove nasceranno e molte delle vecchie saranno trasformate. Ma che cosa in particolare ci riserbi il futuro nessuno può seriamente pretendere di conoscere, e dobbiamo limitarci a contemplare con occhio vigile e con sentimento di fede i germi che fin da ora sono stati seminati. Germi, che non tutti, com'è naturale, fruttificheranno, ma alcuni dei quali sembra che abbiano già messo le prime radici. E intanto, nei momenti in cui si potrebbe rimanere più perplessi, dinanzi all'addensarsi

e allo schierarsi in lotta degli elementi contrari, può soccorrere la fiducia, che il buon seme riuscirà sempre e comunque, presto o tardi, ad essere fecondato dalla paziente opera umana, che, senza lasciarsi fuorviare da fallaci illusioni o da egoistici interessi, abbia la coscienza, o l'intuito, degli alti e puri ideali, cui essa è chiamata a dar vita.

II

L'INSTAURAZIONE DI FATTO DI UN ORDINAMENTO COSTITUZIONALE E LA SUA LEGITTIMAZIONE

Da *Archivio Giuridico « Filippo Serafini »*, vol. LXVIII, 3.

Sommario: 1. Posizione del tema — 2. Sua delimitazione.

1. In una ricerca così complessa e delicata come quella che forma obbietto del presente studio, solo un'esatta e rigorosa delimitazione dell'argomento può salvare dal pericolo di confondere insieme cose diverse o aspetti diversi di una medesima cosa. Ogni indagine che tocca il periodo, per dir così, formativo dello Stato e del Governo trasporta, per la sua stessa natura, sui più alti culmini ed agli estremi confini del diritto costituzionale: ancora un passo più in alto o più avanti, e ci si troverà o nel regno delle nuvole o nel campo di ben altre discipline.

Gioverà intanto un'osservazione preliminare. Le tracce, abbastanza scarse e leggere, che nella dottrina si rinvengono dei problemi giuridici che saranno qui tolti in esame — almeno quando questi si considerino dallo stesso punto di vista cui verrà accennato — diminuiscono, e di molto, negli scrittori più recenti, mentre invece sono più notevoli in quelli che appartengono ad un periodo che, molto vicino per anni, si può dire quasi antico per la scienza attuale. La ragione di ciò pare che sia la seguente. L'indirizzo, in sommo grado benefico e che senza dubbio rappresenta un rilevante progresso della nostra disciplina, per cui ciascun istituto si cerca di studiare ed elaborare con speciale od esclusivo riguardo ad un determinato diritto positivo, ha fatto perder di mira alcuni importantissimi istituti, che, pur non essendo — e si vedrà a suo tempo — ribelli a quest'ordine di esame, presentano per esso difficoltà maggiori e, talvolta contemporaneamente, interesse pratico minore. È facile comprendere come, restringendo ogni investigazione all'ordinamento già costituito di questo o quello Stato, non si creda di dover tener conto, se

non forse ai fini di magri cenni storici, di quei princìpi giuridici che alla formazione di siffatto ordinamento avranno pur presieduto, e, dall'altro canto, si ritenga un fuor d'opera prevedere il caso di mutazioni future. Solo della teorica, molto vasta e molto complessa, dell'origine e delle modificazioni dello Stato e del Governo — esaminate, s'intende, in riguardo alla dommatica del diritto — si salva comunemente quel punto, per dir così, iniziale, che si riferisce alla questione sempre viva e sempre prediletta dell'ammissibilità di un distinto potere costituente: questione che, forse, perché posta isolata, resta sempre aperta a dispareri non composti. Il resto si abbandona, nella migliore ipotesi, alla cosiddetta teoria generale dello Stato: il che, a prescindere da ogni dubbio in ordine alla legittimità della concezione cui quest'ultima si riannoda, significa spesso sospingere una ricerca, che la elaborazione giuridica, con la potenza della sua logica precisa e sicura, non ha ancora irrobustito, nell'atmosfera, troppo fine ed evanescente, delle astratte speculazioni filosofiche o nell'altra, troppo greve, delle molteplici indagini, che hanno per obbietto, più che i rapporti di diritto pubblico in se medesimi, i fenomeni sociali da cui tali rapporti scaturiscono.

2. Ed è precisamente in riguardo alla sua posizione nel sistema della scienza costituzionale che importa determinare i limiti del presente studio. Esso non intende esaminare e discutere quei vecchi problemi di cui si compiacquero i costituzionalisti del periodo dottrinario e che, in massima parte, o hanno perduto la loro importanza o sono da porsi su basi affatto diverse. La teoria, per esempio, — concepita nel modo tradizionale — del cosiddetto Stato o Governo legittimo; la controversia se il popolo abbia o meno il diritto di darsi l'ordinamento che crede per sé migliore; l'ammissibilità del cosiddetto diritto alla resistenza collettiva o alla rivoluzione; i problemi dell'origine e, specialmente, della giustificazione della sovranità; e, procedendo di questo passo, l'esame delle

dottrine che fondano lo Stato sulla forza, su elementi contrattuali, e così via via: sono tutti argomenti che avranno con l'attuale quei punti di contatto che, essendo intuitivi, non importa nemmeno accennare, ma che, ciò nonostante, ne differiscono profondamente e sostanzialmente, perché varia l'angolo visuale che è proprio a ciascuno di essi. Il presente anzi vuole essere un saggio, tanto più modesto quanto irto di evidenti difficoltà, del come indagini e speculazioni condotte con fini non rientranti nell'orbita dello stretto diritto, si modifichino, si trasfigurino e si completino quando vengono riprese, naturalmente fin dove ciò è possibile ed utile, a servizio della dommatica giuridica, rilevando concetti e princìpi che alle prime non importa mettere in luce ed invece omettendone numerosi altri. Il che — a riuscirci — sarà tanto più interessante in quanto saranno presi in esame istituti, se pur la parola è esatta, che sorgendo o indipendentemente o, più spesso, contrariamente ad un diritto positivo, ricevono poi da questo la loro sanzione o addirittura lo costituiscono.

Di diritto dunque, intesa tale parola in senso stretto, vuole essere il nostro studio: esso indaga il momento supremo in cui un diritto positivo assimila ed assorbe con la sua potenza di attrazione ciò che gli è estraneo o anche ostile; il momento in cui un diritto positivo per necessità di fatto cade per far posto ad un altro; il fenomeno, così curioso, in cui due ordinamenti, con vece alterna di cadute e di restaurazioni, si contendono, modificandosi nella lotta e influendo l'uno sull'altro, la vittoria definitiva. Problemi e vedute queste ben differenti, come si vede, da quelle che sogliono esser proprie alle ricerche di diritto costituzionale generale o anche alle altre, cui si riferisce la non ben definita e, talvolta, ibrida concezione tedesca della teoria generale dello Stato. Tale delimitazione del tema, che le pagine seguenti, com'è naturale, chiariranno e porranno meglio in luce, valga ad evitare alle nostre ricerche, in ordine a ciò, l'accusa di manchevolezza o di unilateralità, e magari di formalismo, che esse meritereb-

bero ove il punto di vista da cui sono state condotte non si fosse di proposito ristretto.

I. - Concetto e carattere della instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale.

Sommario: 3. Significato dell'espressione « instaurazione di un ordinamento costituzionale ». — 4. Instaurazione giuridica. — 5. Instaurazione di fatto contraria al diritto. — 6. Instaurazione di fatto indifferente al diritto. — 7. Teoriche che considerano giuridiche alcune instaurazioni antigiuridiche: teoriche che credono inerente al popolo un potere costituente. — 8. Loro argomenti. — 9. Loro critica. — 10. Segue. — 11. Le limitazioni dello Stato come autolimitazioni. — 12. Segue. — 13. Altri equivoci su cui si fonda la dottrina contraria. — 14. Insussistenza di alcuni suoi argomenti di diritto positivo. — 15. Segue. — 16. Concetto e natura del colpo di Stato: suoi caratteri secondo la dottrina antica. — 17. Suoi caratteri nel diritto moderno. — 18. Colpo di Stato e provvedimenti di necessità. — 19. Altri casi di usurpazione di sovranità. — 20. L'instaurazione indifferente al diritto. Dottrina che crede di fatto ogni nuova formazione di Stato. — 21. Suo esame riguardo alle formazioni originarie dello Stato. — 22. Precisazione del concetto di formazione originaria. — 23. Le formazioni derivate: possibilità che esse avvengano con un procedimento giuridico. — 24. Segue. — 25. Casi di formazione di Stato con procedimento estraneo al diritto. — 26. Segue. — 27. Mutamenti di Governo né legittimi né illegittimi: generalità. — 28. Esame di alcuni casi d'interregno. — 29. Dottrine che credono di risolvere giuridicamente tali casi e loro critica. — 30. Altri esempi di mutamenti di Governo non contrari né conformi al diritto. — 31. Segue.

3. Con l'espressione « instaurazione di un ordinamento costituzionale », s'intendono qui designare così le formazioni e le mutazioni che si riferiscono strettamente allo Stato, come le altre che, più propriamente, sono da riferirsi al Governo: la sostanziale identità per le prime e le seconde dei princìpi, che il presente studio è diretto a formulare e mettere in luce, dispensa da ogni esame relativo alla loro non sempre

facile distinzione, che, giova ripeterlo, interessante da moltissimi punti di vista, non ha che un'importanza del tutto secondaria per le attuali ricerche [1].

Così, porterebbe ugualmente molto lontano dal nostro argomento, senza un'immediata utilità, l'esame, tanto trascurato e pur tanto remunerativo, dei diversi criteri con i quali, ai fini dell'indagine giuridica, sono a classificarsi i modi con cui uno Stato o un Governo può avere origine, può modificarsi ed estinguersi. A siffatta classificazione sarà qua e là accennato, quando da essa potrà trarsi qualche diretta conseguenza.

Per ora, importa stabilire, per determinarne la natura, una sola distinzione; la quale riguarda il vario rapporto in cui con un determinato diritto positivo può venire a trovarsi lo stabilimento di un nuovo ordine costituzionale, sia che esso abbia per effetto la nascita o la morte di uno Stato, sia che si tratti di un mutamento, più o meno sostanziale, della forma o dell'organizzazione di quest'ultimo.

Tale rapporto può assumere tre diversi aspetti, uno dei quali, il primo, non forma oggetto del presente studio.

4. Ed anzitutto è a farsi l'ipotesi che si abbia un complesso di norme, non importa, com'è naturale, se risultanti da leggi, o stabilite dalla consuetudine, o anche soltanto desumibili dai cosiddetti princìpi generali, che regolino e accompagnino, nei suoi vari gradi, il procedimento con cui l'instaurazione di un nuovo ordine costituzionale deve avvenire, ed effettivamente tale instaurazione abbia luogo secondo queste norme. In siffatto caso, si ha un potere costituente, qualunque siano i molteplici rapporti in cui esso può stare rispetto al potere legislativo ordinario, il quale si muove

---

[1] È poi affatto superfluo rilevare che la parola « costituzionale » viene qui usata nel suo più largo significato, e non già in quello ristretto che serve a designare la speciale forma di Governo che dicesi per l'appunto costituzionale.

nell'orbita del diritto positivo ed è, esso stesso, un potere costituito: in altri termini, si è in presenza di un vero e proprio istituto giuridico, che, per quanto non funzioni continuamente e, il più delle volte, nemmeno periodicamente, pure esercita la sua azione durante la vita, se non politicamente, almeno giuridicamente normale dello Stato.

5. Può invece farsi l'ipotesi affatto contraria a questa adesso accennata. Nella vita di tutti gli Stati, sopraggiungono, ad intervalli più o meno lunghi, dei momenti quasi di crisi, non meno interessanti per lo storico e il politico che pel giurista, in cui tutti o alcuni dei princìpi fondamentali del diritto pubblico vigente, perdono bruscamente, in un modo o in un altro, il loro impero, non per via di un processo da essi previsto e preordinato, ma per forze superiori e contrarie al diritto fino allora in vigore: nuove forme statuali o governamentali succedono a quelle che così vengono ad essere distrutte, sia per opera degli elementi che a questa distruzione hanno cooperato, sia per opera di elementi estranei. Sono esempi, altrettanto comuni quanto caratteristici ed espressivi, che rientrano — salve differenze che saranno appresso notate — in questo caso, quelli del colpo di stato, della rivoluzione popolare, dell'intervento di uno Stato straniero.

6. In terzo luogo, finalmente, può farsi un'ipotesi, per dir così, intermedia che presenta, per la sua delicatezza, il più notevole interesse. L'instaurazione, cioè, di un nuovo ordine costituzionale può avvenire, non secondo le norme precedentemente stabilite dal diritto positivo, non in opposizione e con la distruzione delle norme medesime, ma all'infuori di queste, con un procedimento che non è né giuridico né antigiuridico. Vari esempi, non tutti evidenti allo stesso modo, potrebbero citarsi a dimostrazione di tale caso. Così sembra che in esso rientri la cosiddetta formazione originaria di un nuovo Stato, che avvenga per lo stabilirsi in un territorio e l'organizzarsi politicamente di un popolo, sia che

gli elementi di quest'ultimo avessero in precedenza dei vincoli comuni, sia che esso consti dell'unione di individui o gruppi di individui, fra cui, allora per la prima volta, nascano dei rapporti. Parimenti può immaginarsi che, con i modi e con le forme regolate dal proprio diritto, si disgreghi da uno Stato qualche sua parte; che tale procedimento giuridico però si arresti al momento in cui la disgregazione viene compiuta, in modo che debba qualificarsi né conforme né contrario ad alcun diritto positivo, ma semplicemente ad esso estraneo, il procedimento ulteriore, con cui la parte disgregata si costituisce a nuovo Stato o stabilisce di aggregarsi ad un altro Stato. Pare infine che il medesimo carattere possa attribuirsi a quelle fondazioni di governo che si verifichino dietro un periodo più o meno lungo di anarchia, il quale abbia avuto, già da per se stesso ed a prescindere dal posteriore ordinamento che viene a stabilirsi, l'effetto di distruggere del tutto l'ordinamento antico e con esso qualsiasi principio di diritto alla cui stregua il nuovo potesse giudicarsi legittimo o illegittimo. Ed anche a prescindere dal caso di un'anarchia che da sola rompa, nel senso accennato, ogni legame con il precedente diritto, potrebbe pensarsi — e la questione, che sarà a suo luogo ripresa, sembra elegantissima — se non rientri nell'ipotesi, che adesso si contempla, il caso in cui venga ad estinguersi totalmente la famiglia, nel cui seno dovrebbe verificarsi la successione al trono, e si dia vita ad un'altra forma di governo, con modi e procedimenti dal diritto non regolati, senza tuttavia che questi si possano considerare, avuto riguardo alla causa che li determina, come illegittimi.

Delle tre diverse figure, con le quali, semplificando per ora molti ragionamenti e schematizzando molti casi complessi, si sono distinti i vari modi in cui la fondazione e le mutazioni di un ordinamento costituzionale possono aver luogo, la prima è a designarsi come una instaurazione di diritto, le seconde come instaurazioni di fatto. È di queste ultime che lo studio presente intende occuparsi. Il carattere

intanto, che senza i necessari sviluppi e solo allo scopo di fissarne sin da principio i lineamenti più importanti e differenziali, si è ad esse attribuito merita di essere più analiticamente ed attentamente preso in esame, sia per trarne le conseguenze possibili, sia per evitare le non trascurabili obbiezioni, desunte da teoriche più o meno accreditate, che potrebbero rivolgersi contro la distinzione che si è posta, o contro molte delle sue applicazioni.

7. E così si rende in primo luogo necessario uno studio particolareggiato di quell'instaurazione che si è definita contraria al diritto vigente al momento in cui essa s'inizia: secondo che si accettino o respingano alcune vecchie e nuove, o rinnovate, dottrine, varia, e di molto, l'estensione che è a darsi a questa figura.

È noto come, ora per via di ben formulati princìpi ora invece con la suggestione di tendenze vaghe e di aspirazioni confuse, il costituzionalismo, che si potrebbe dire della prima fase, avesse fatto sentire su tale campo la sua influenza, in modo che le teoriche posteriori, assai a fatica e non senza tentativi di mal celato ritorno all'antico, hanno potuto abbandonare certe orientazioni, che erano parse sicurissime, e certi atteggiamenti, che erano quasi divenuti abiti naturali del pensiero. Siffatta influenza — ad accennarvi brevemente — si è esercitata nel senso di considerare come legittimi quei mutamenti costituzionali che fossero opera di popolo, e contrari al diritto, invece, gli altri che derivassero più o meno esclusivamente dal principe o venissero imposti da uno Stato straniero. Su quali basi tale concezioni riposi e da quali presupposti derivi non è qui il caso di ripetere: da parecchio tempo oramai la critica più severa è venuta sviscerando e distruggendo le multiformi e diffuse tendenze, per cui all'infuori dell'organizzazione politica dello Stato, anzi contro di essa, i singoli avrebbero dei diritti fondamentali, il cui servizio o la cui difesa metterebbero capo al cosiddetto diritto costituente, conseguenza logica, coronamento e tutela di tutti gli altri.

Nello svolgimento normale della vita pubblica, siffatti diritti, il cui complesso costituirebbe la sovranità popolare, sarebbero esercitati o protetti da quegli organi che, a norma di carte o statuti, di carattere contrattuale, o dovrebbero considerarsi come rappresentanti del popolo medesimo o verso di questo obbligati a contenersi entro certi limiti. Ma quando tale contratto non venisse rispettato da coloro che ne avrebbero il dovere o, per mutate e sopravvenute condizioni, sorgesse il bisogno di modificarlo, il supremo diritto costituente riprenderebbe tutta la sua pienezza, tutta la sua suscettibilità di esercizio diretto, e, magari mutandosi in diritto alla rivoluzione, potrebbe condurre all'instaurazione di un ordinamento nuovo.

Sarebbe, com'è naturale, un fuor d'opera, qui ed allo stato attuale della scienza, combattere contro una tale dottrina, non solo considerandola nella sua formulazione più remota dai princìpi che oramai si ritengono più sicuri, ma anche scoprendone le evidenti influenze e derivazioni in parecchie teoriche ad essa legate da più o meno lontana parentela. Ma poiché — non facendo capo alla medesima ideologia e rigettando anzi esplicitamente i suoi dommi più fondamentali — si è di recente pervenuto alle identiche conseguenze, è d'uopo vedere se quest'ultime non siano così legate a quelli ritenuti finora i loro estremi logici, in modo che possano mantenersi con argomentazioni sostanzialmente diverse. Ed in vero di un potere costituente, che spetterebbe al popolo in un senso non dissimile da quello cui si è accennato, si è creduto di poter parlare anche da chi non ammette né il principio della sovranità popolare, né il carattere contrattuale della costituzione, né il diritto alla rivoluzione, né i diritti naturali preesistenti all'organizzazione dello Stato, nulla insomma di ciò che la dottrina antica affermava e la moderna ha recisamente negato (2).

---

(2) Cfr. Lombardo-Pellegrino, *La costituente*, Palermo, 1900.

8. In parte si è detto e in parte si potrebbe dire: a prescindere da ogni giustificazione filosofico-giuridica, l'idea di un potere costituente concepito come diritto del popolo è il prodotto di un movimento storico, una manifestazione della coscienza giuridica odierna, e, come tale, esso deve riconoscersi come qualche cosa che effettivamente esiste, senza preoccuparsi delle difficoltà cui la sua spiegazione dà luogo. La maggioranza degli Stati attuali — e quello italiano non meno degli altri — sono improntati nei tratti più caratteristici della loro fisionomia a questo fondamentale principio: la consacrazione plebiscitaria della loro origine; l'obbligo preciso e, in ogni caso, il semplice costume di consultare il corpo elettorale nei momenti più decisivi per l'indirizzo della vita pubblica, nonché per la riforma delle carte costituzionali; il principio, qualunque sia la sua natura, di non modificare queste ultime, anche se a ciò sono competenti gli organi legislativi ordinari, se non quando la modificazione trova incontrastata e piena corrispondenza nel sentimento del popolo; la parte che all'opinione pubblica è concessa direttamente o indirettamente, per mezzo di istituti giuridici e di abitudini politiche, nel funzionamento dei poteri costituiti e così via: sono tutti elementi innegabili che stanno a dimostrare come nel popolo risieda l'originario potere costituente, e che ciò sia riconosciuto come un principio giuridico, nel senso più stretto e più vero della parola, da ogni atteggiamento, per dir così, delle istituzioni attuali. E si aggiunge: la legge costituzionale, in alcune delle sue parti, nella sua essenza, non può considerarsi come tutte le altre leggi: essa è certamente, nelle sue norme concrete e nelle sue singole disposizioni, modificabile, ma qualche cosa d'immodificabile contiene e queste sono le condizioni essenziali, obbiettivamente necessarie, perché non questo o quel diritto pubblico esista, ma ogni diritto pubblico possa esistere: se tali condizioni si violano, lo Stato si pone fuori del diritto, viene meno all'obbligo di garantire ai cittadini un ordinamento giuridico: donde la necessità

che all'infuori dei poteri costituiti funzioni un potere costituente che ristabilisca siffatto ordinamento.

9. Non sembra però che il problema venga così posto nei suoi giusti termini. Soprattutto importa non attribuire ad alcuni istituti delicatissimi un carattere che essi, dal punto di vista giuridico, non hanno, anche se la loro origine sembri a prima vista determinata da ciò che altro non è stato se non l'inesatta espressione di princìpi ben diversi da quelli che essi stessi apparvero in una loro primitiva ed ingenua formulazione. Senza dubbio, lo Stato moderno ha, con complicati meccanismi, cercato di rendere più viva, più tangibile e più sicura la corrispondenza del suo ordinamento con la coscienza generale: esso tende a che quest'ultima manifesti nel modo più pronto e più diretto quel riconoscimento delle istituzioni, senza il quale quest'ultime non possono reggersi a lungo: donde certi appelli plebiscitari, certe consultazioni elettorali, alcune forme di referendum, e così via; ma di ciò non sembra che possa argomentarsi nel popolo un potere costituente. Egli è che nella valutazione giuridica di un istituto bisogna andar molto cauti prima di attribuire al suo momento teleologico un'importanza decisiva. Egli è che — almeno per le esigenze della logica del diritto, per i bisogni dell'argomentazione dommatica — l'effetto si stacca molte volte dalla sua causa in modo tale che bisogna considerarlo in sé e per sé, senza quel riferimento a quest'ultima, che sarà solo necessario per ben altre investigazioni, per un suo apprezzamento filosofico o politico, non già per la definizione dei limiti e del posto che ad esso spetta nel sistema del diritto, il quale ha una finalità, sia pure di semplice tecnica, tutta sua propria. Il riconoscimento, implicito o esplicito, diretto o indiretto, cosciente o incosciente del popolo è necessario perché un istituto, specie se fondamentale, possa funzionare, ma questa è una necessità di fatto che il legislatore farà bene a non dimenticare, da cui il politico trarrà profitto, che il filosofo metterà a contributo per le sue investigazioni; ma non si può

dire che il popolo abbia il diritto costituente sol perché è necessario che l'ordinamento politico trovi corrispondenza nella sua coscienza collettiva. L'affermazione contraria può non partire da quei princìpi già accennati che furono posti a base della teorica tradizionale; ma se da essi non parte, non può ad essi non arrivare; per comodo dialettico si possono scambiare premesse e conseguenze, ma le prime e le seconde sono così intimamente e necessariamente connesse da non potersi scindere, senza contravvenire alle esigenze della logica.

10. Ed in vero, si è visto come, a sfondo della dottrina che qui si combatte, si pone l'idea dell'esistenza di condizioni essenziali, di princìpi fondamentali, di garanzie supreme senza il cui concorso nessun diritto può esistere, per cui bisognerebbe considerare illegittimo l'ordinamento che vi contravvenisse o non ne tenesse conto. Chi non vede come in questa affermazione risorga, per giunta meno chiaramente formulata dell'antica, la teorica dello Stato legittimo? Ora perché tale ritorno possa accettarsi, troppe cose dovrebbero prima dimostrarsi giacché è evidente che implicitamente si infirmano molti postulati su cui poggia il sistema della scienza giuridica odierna. Questa ha ristretto — ed è stato non solo sostanzialmente, ma anche ai fini della tecnica un grande vantaggio — il significato della parola diritto a quelle norme del vivere sociale che si estrinsecano nello Stato e per mezzo, sia pure indiretto, dello Stato. Diritto è soltanto quello che ha avuto la forza di divenire e d'imporsi come diritto positivo: i princìpi puramente razionali che questa forza non hanno avuto, nonostante che tendano e possano riuscire ad acquistarla, non sono per ciò stesso diritto: si chiamino pure, se così vuolsi, diritto naturale, teoretico, filosofico — e più accortamente si è insistito adesso per sostituire a queste la parola meno equivoca 'giustizia' (3) — purché si riconosca

(3) Cfr. PETRONE, *Contributo all'analisi dei caratteri differenziali del diritto*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1896, XXII, 340 ss.

che l'aggettivo aggiunto alla parola 'diritto' sta a dimostrare che di vero e proprio diritto non si tratta. Questa distinzione fondamentale fra due concetti intimamente diversi che non possono e non debbono confondersi sol perché designati con espressioni in parte comuni, è non meno vera e non meno utile quando si è nel campo del diritto costituzionale. Anche questo non può essere considerato altrimenti che come un complesso di princìpi di diritto positivo: all'infuori di tali princìpi ce ne possono essere degli altri, corrispondenti o contrari, non importa, che potranno farsi rientrare nel largo concetto di giustizia, ma che ad ogni modo nulla avranno a che fare col diritto in senso stretto. Questo ultimo può contravvenire alla prima: ciò suole accadere nei momenti in cui forze sociali ne preparano la caduta violenta o pacifica, ma, mentre esso è ancora in vita, gli atti che a questa caduta mirano, possono essere giusti e come tali considerati dal filosofo, dal sociologo, dal politico, che della giustizia è bene che abbiano quel largo concetto cui s'è accennato, ma non possono non considerarsi non contrari al diritto dal puro — per dir così — giurista.

Quali poi siano questi princìpi fondamentali con cui lo Stato dovrebbe, nella sua organizzazione e nel suo funzionamento, armonizzare resta — com'è naturale — del tutto indeterminato. Vagamente si accenna ai cosiddetti princìpi del costituzionalismo, come a quelli che sembrano l'ultima e la più alta manifestazione della coscienza generale nel campo del diritto pubblico; ma è ovvio che così si viene per vie più o meno oblique a riaffermarsi quel postulato, che un giorno parve fuori d'ogni contestazione e sul quale adesso nessuno vorrebbe più edificare, per cui solo lo Stato retto a governo costituzionale sarebbe a ritenersi conforme al diritto. Assai lontani, non certo per tempo ma per cammino percorso, da siffatta idea in cui si concretò uno dei dommi più ciechi del dottrinarismo più unilaterale, non è chi non vede come la riduzione ad essa di altre dottrine sia indizio assai significativo della inammissibilità di quest'ultime.

E si aggiunga a tutto ciò che l'affermazione, a qualsiasi scopo fatta, dell'esistenza di un diritto che trascenda le concrete manifestazioni che esso può ricevere nell'ordinamento positivo di uno Stato, porta necessariamente all'altra affermazione che dei diritti sono da attribuirsi ai singoli come singoli, ai singoli come uomini, in modo che, se non la fraseologia — che del resto si ripete anch'essa — certo il concetto antico dei diritti di libertà concepiti come diritti naturali viene rimesso in onore.

11. La critica negativa però, che finora si è fatta contro la tendenza di far rientrare nell'orbita del diritto, dandole carattere e dignità di un vero e proprio potere, quella che invece sembra una semplice instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale, non sarebbe da sola concludente. Tutte le volte che una dottrina torna con tanta insistenza a rifiorire, sia pure mutando continuamente le sue basi, si può affermare anche *a priori* che qualche cosa di vero e di non trascurabile essa contiene; mettere in luce questa sua parte accettabile è per lo studioso compito non meno interessante e, talvolta, più proficuo che non quello di scoprirne gli errori.

Ora, quando si afferma che c'è un al di là del diritto che si concreta per mezzo dello Stato, che questo non è quindi quel potere onnipotente che talvolta sembra e che invece è limitato da altro potere che risiede al di fuori di esso, nel popolo come tale, si ha una vaga ed inesatta intuizione di princìpi importantissimi, che per solito o vengono intravisti attraverso queste false concezioni o vengono trascurati del tutto. Già si è accennato all'idea di giustizia, spesso confusa con quella di diritto, ma da questa ben diversa, ove non fosse altro per maggiore larghezza, alla quale si possono ricondurre alcune regole che toccano i momenti supremi della vita statuale. Ma a prescindere da ciò e restringendo ogni investigazione al campo puramente giuridico, è da valutarsi bene una tendenza che nello Stato moderno va sempre più accen-

tuandosi, assumendo carattere, per dir così, istituzionale. Questa tendenza consiste nell'opporre dei limiti sempre più concreti, giuridicamente precisi e garentiti, agli organi con cui lo Stato esercita le sue funzioni. Nemmeno gli organi più alti, quelli che si sogliono definire come immediatamente partecipi della sovranità, sfuggono a siffatta limitazione. Già il domma dell'onnipotenza parlamentare che per alcuni Stati parve principio indiscusso comincia a mostrarsi, in un certo senso, non assoluto anche per la stessa Inghilterra dove esso ebbe vita (4). Nel diritto italiano, a non tener conto, nel modo con cui comunemente vien posta, della vessata questione circa la modificabilità dello Statuto per mezzo del potere legislativo ordinario, sembra che esista tutta una serie di princìpi, numerosi ed importanti, che possono concepirsi come limiti degli organi parlamentari, cui questi non possono trasgredire nemmeno per mezzo dell'atto — la legge — che reca con sé la presunzione assoluta di essere conforme al diritto, senza che ciò importi che esso sia l'emanazione di un potere assolutamente illimitato. L'osservanza di tali limiti sfugge, per un complesso di ragioni cui qui non importa nemmeno accennare, al controllo degli organi che hanno per l'appunto la competenza di contenere nei confini del diritto tutto ciò che da questo è regolato, cioè dei giudici: il che non vuol dire che essi siano privi di qualsiasi sanzione. La pluralità degli organi di cui consta il Parlamento e il carattere collegiale di questi singoli organi tendono per l'appunto ad istituire dei controlli per dir così interni a ciascuna Camera, di una Camera sull'altra, della Corona su ambedue le Camere, che impediscano la violazione per mezzo di una legge di quei princìpi che la legge stessa deve rispettare. Non è certamente qui il luogo di valutare la consistenza giuridica dei molteplici limiti della funzione legislativa, consistenza che varia secondo i casi ed assume spesso delle figure così

---

(4) Cfr. l'analisi del Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution* [5], London, 1897, 37 ss.

delicate, dei contorni così evanescenti da richiedere per essere fissati un'indagine — ci si passi la parola — quasi microscopica. Quel che certo si è che tali limiti esistono ed alcuni di essi sono per l'appunto quelli che, consacrati nello Statuto, danno a questo il carattere di una legge superiore; altri invece sono desumibili da consuetudini nonché dai cosiddetti princìpi generali del diritto ([5]).

12. Comunque sia di ciò, quel che adesso importa rilevare si è l'esistenza di un complesso di norme giuridiche — nel senso più vero e più proprio della parola — entro le quali devono contenersi gli organi statuali. Ed è fin qui che sembra accettabile la dottrina che si è un momento fa esposta, la quale come si è visto, parla appunto, con vaga, ma giusta intuizione, di condizioni essenziali del diritto, di garanzie supreme, di princìpi giuridici fondamentali. Il dissidio comincia — ed è grave — quando di quest'ultimi si fa qualche cosa che trascende il diritto dello Stato, che anzi vi si contrappone e talvolta lo vince. L'equivoco su cui poggia tale concezione è, fino ad un certo punto, abbastanza semplice.

([5]) Un'analisi minuta ed esauriente di siffatti limiti della funzione legislativa, così nella nostra letteratura come nelle straniere, si può dire che manchi. Ebbe ad accennarvi, ma con brevità, JELLINEK, *Gesetz u. Verordnung*, Freiburg im Breisgau, 1888, 261-267, e le sue idee furono riferite al nostro diritto da CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano. Legge e ordinanza (decreti e regolamenti)* a cura di ORLANDO, III, Milano, 1901, 64 ss. Osservazioni speciali, limitate a speciali punti di vista, non mancano in altri scrittori: cfr. ad esempio BISCHOF, *Das Notrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung u. Regierung*, in *Archiv für das öff. R. des d. Bundes*, B. III, H. 3, 1 ss.; BRIE, *Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechts*, in *Archiv für das öff. R.* del LABAND, IV, 26 ss.; ecc. *Contra*: ANSCHÜTZ, in *Verwaltungsarchiv*, V, 14 e con temperamenti, MEYER G., *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1899, 504. Va da sé che qui non s'intende accennare ai limiti che derivano da carte costituzionali o da vincoli federativi, e che sono, si può dire, i soli che vengono comunemente rilevati e studiati da una copiosa letteratura.

Pel fatto che nessun organo statuale può esimersi dall'osservanza di tali limiti, si è indotti a credere che lo Stato stesso è a questi sottoposto. Il che, per quanto a prima vista possa sembrare un corollario logico ed evidente, costituisce un errore di capitale importanza. Egli è che lo Stato si distingue nettamente e recisamente, non solo dai singoli suoi organi, ma anche dal complesso di tutti i suoi organi ed è solo a quest'ultimi che si riferiscono le limitazioni di cui si è fatta parola. Tale principio, che è a tenersi presente per parecchi punti del diritto pubblico, riceve una delle sue più eleganti e delicate pubblicazioni proprio nel problema che è argomento del presente esame. Per poco difatti che si badi all'origine dei princìpi che disciplinano le funzioni degli organi statuali, risulta che essi derivano dallo Stato medesimo o quanto meno attingono da quest'ultimo il loro carattere giuridico e la loro efficacia: se di limitazioni dello Stato vuol parlarsi, ciò non si può se non convenendo che si tratta di autolimitazioni; sono limiti che lo Stato impone a se stesso per mezzo dei medesimi organi che debbono sottostarvi o per mezzo di altri organi; che risultano espressamente da apposite sue dichiarazioni di volontà e, implicitamente, da tutto il sistema del suo diritto positivo. Anche quando la loro efficacia è puramente consuetudinaria, quando cioè essi sono stati elaborati e maturati dalla coscienza popolare, rientrano — e non è certo qui il caso di discutere sul rapporto della consuetudine con la legge — nel diritto, che è il solo diritto, che si concreta nello Stato e per lo Stato (6).

L'origine statuale dei princìpi giuridici che limitano lo Stato stesso appare come cosa del tutto ovvia, che non si

---

(6) Vedi un'analisi filosofica di tale concetto in MICELI, *La forza obbligatoria della consuetudine*, Perugia, 1899, 11 ss., 157 ss. Cfr. anche ZITELMANN, *Gewohnheitsrecht u. Irrtum*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 1883, 459. Un'esposizione diligentissima delle dottrine antiche, vedi in BRIE, *Die Lehre vom Gewonheitsrecht*, I: *Geschichtliche Grundlegung. Bis zum Ausgang des Mittelalters*, Breslau, 1899.

discute e nemmeno si rileva, in tutti gli altri campi del diritto pubblico: solo nel diritto costituzionale essa è apertamente disconosciuta. Varie sono le ragioni che determinano la falsa apparenza da cui muove siffatta dottrina. Molti dei limiti, per dir così, costituzionali sono consacrati in quelle carte statutarie, che ora sono il frutto di un movimento rivoluzionario, ora rappresentano un'elargizione del principe. Nel primo caso, si ha riguardo alla loro formazione avvenuta fuori dei poteri costituiti dallo Stato e in opposizione a questi, e si crede che tale carattere extrastatuale esse tuttora conservino: laddove si dovrebbe distinguere la loro formazione e il loro impero di fatto dall'origine della loro efficacia giuridica, origine che, derivante da una susseguente legittimazione, su cui sarà d'uopo trattenerci a suo tempo, mette capo allo Stato e al suo diritto. Nel secondo caso, si ama ravvisare una specie di patto fra lo Stato, rappresentato dal suo capo, e il popolo: il che quanto sia poco consistente dal punto di vista giuridico è del tutto intuitivo, sì che ormai siffatta concezione si può dire quasi abbandonata.

13. Una seconda fonte di equivoci da cui trae alimento la teoria che qui si combatte, è la seguente. Nel diritto costituzionale, più che in qualsiasi altro campo del diritto, hanno impero largo ed importante, non su punti secondari, ma anche, anzi principalmente, sui più fondamentali, i cosiddetti princìpi generali: le norme scritte e consuetudinarie non hanno quel dominio esclusivo e nemmeno prevalente che altrove è loro incontrastato. Ora è noto come la formula così equivoca e indefinita 'principi generali', si presti, per la sua stessa natura, ad esssere interpretata in modo, per dir così, subbiettivo, che fa rientrare nella nostra disciplina tutte quelle vedute personali, tutte quelle norme politiche ed etiche che si distinguono, come si è veduto, dal diritto positivo, ma pur si ritiene che premano e influiscano su quest'ultimo. Anche questa è una tendenza, che in altri rami del diritto è stata vinta da tempo, sì che per princìpi generali s'intendono quei

princìpi che in modo più o meno diretto ed implicito scaturiscono dal sistema del diritto effettivamente vigente, nel quale — lungi dal contrapporvisi — rientrano in ogni caso. Ora che ciò debba ritenersi anche per quel che riguarda il diritto costituzionale non può dar luogo a seri dubbi: nulla giustifica l'intrusione in esso, per tale via, invero assai comoda, non meno che pericolosa, di elementi che coinvolgerebbero e, per il loro vasto campo di applicazioni, quasi dominerebbero il diritto che trae la sua origine ed efficacia dallo Stato. Il dominio di quest'ultimo invece resta pieno ed assoluto e le sue limitazioni, quelle che risultano dai cosiddetti princìpi generali, ugualmente che le altre, non sono e non possono essere che delle autolimitazioni.

Dal ragionamento che fin qui si è fatto, più per precisare il punto di vista da cui sembra che sia necessario porsi che per formulare teoriche che richiederebbero in vero assai più ampio e meno incidentale sviluppo, un corollario può trarsi. Un potere costituente che risieda, diciamo così, per virtù propria nel popolo, e che non sia esso stesso un potere costituito, regolato e, almeno nel suo procedimento formale, delimitato dal diritto positivo, non può nemmeno immaginarsi, senza andare incontro a quelle profonde contraddizioni logiche cui si è accennato o, peggio, senza respingere princìpi che furono di faticosa, ma, a quanto pare, sicura e definitiva conquista. Sono le esigenze più imprescindibili della tecnica giuridica che — limitandone la portata ai loro fini — impongono siffatta conclusione, qualunque siano le idee, che, dal punto di vista di discipline meno formali, si accolgano sui rapporti dell'elemento popolare con lo Stato e il diritto.

14. Si è implicitamente e di passaggio accennato alla possibilità che un potere costituente affidato alla generalità dei cittadini sia riconosciuto dal diritto positivo, in modo che, non contraria, ma conforme a quest'ultimo, non di fatto, ma pienamente giuridica, debba ritenersi l'instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale che segua per mezzo

di esso. Se ciò, in tesi astratta, non può dar luogo a dubbi, gravi divergenze possono sorgere quando si tratta di determinare se effettivamente tale potere si trovi riconosciuto o meno da questo o da quel diritto. Per parecchie costituzioni sorge allora il pericolo che moltissime di quelle teoriche che il ragionamento fin qui fatto ha cercato di dimostrare inaccettabili, dopo esser state cacciate dalla porta, ritornino dalla finestra, non più in veste filosofica o dottrinaria, ma con un falso contrassegno di teoriche tradotte in norme di diritto positivo. È questo, senza dubbio, il punto più delicato e difficile del problema che ci occupa. Risolvere quest'ultimo negativamente era, fino ad un certo punto, agevole, quando si trattava di combattere vedute la cui consistenza si fondava sul presupposto dell'ammissibilità di un diritto astratto o teoretico: negata tale ammissibilità, non restava che trarre dei semplici corollari. La questione però diventa complessa quando si trasporta nel campo del diritto positivo, nel caso che questo non abbia delle disposizioni che in modo esplicito riconoscano al corpo popolare un potere costituente e tanto meno regolino le modalità con cui esso dovrebbe esercitarsi, ma, ciò nondimeno, sia informato, per dir così, nel suo spirito, a quei princìpi che già indussero a ritenere ammissibile siffatto potere. Ed il caso sarebbe molto frequente, giacché, ove si accolgono certe vedute e si seguono senza discernimento certe tendenze, vi si potrebbero far rientrare non poche costituzioni degli odierni Stati a regime democratico.

15. C'è un punto su cui non si può fare a meno di convenire. Numerose teoriche che già formarono la parte meno consistente del costituzionalismo dottrinario lasciarono orme rilevanti in molte leggi, soprattutto in molte carte statutarie: più che loro tracce talvolta queste contengono il loro riconoscimento, del quale però importa valutare con esattezza la natura giuridica. Frutto di esaltamenti rivoluzionari, è noto come in tali carte si credesse il più delle volte opportuno

non solo di regolare i nuovi istituti, ma di giustificarli con la consacrazione dei princìpi cui si riteneva che questi dovessero ricollegarsi e, spesso, parve bastasse l'affermazione, altrettanto solenne quanto vuota, di siffatti princìpi, senza por mente che non traducendoli in qualche cosa di concreto, non fornendoli di una sanzione qualsiasi essi rimanevano delle semplici idee, dei disegni non eseguiti. È chiaro come in queste parti alle leggi di cui è parola non può riconoscersi alcun valore obbligatorio; efficacia è da attribuirsi soltanto alle disposizioni concrete, ai comandi e ai divieti veri e propri, alle norme giuridiche, non alle formulazioni accademiche di dottrine filosofiche e politiche, che l'interprete è anche libero di non accettare, se non spiegano influenza, nemmeno indiretta, sui singoli istituti. Certo nessun giurista è stato mai impedito di affermare il principio della sovranità dello Stato, sol perché nelle leggi trovava proclamato l'atto della sovranità popolare; egli è che il primo s'impone come un'esigenza logica, cui da nessuno si può contraddire; ed il legislatore che credesse e sancisse il contrario raggiungerebbe lo stesso effetto che se disponesse che quattro e quattro fanno nove. Così pure, certe frasi abbastanza imprecise ed equivoche, che, in quasi tutte le costituzioni, accennano ad un rapporto di mandato fra gli elettori e gli eletti al Parlamento, non sono state certo di ostacolo a che la dottrina moderna, che sembra più accettabile, trasformasse l'originario concetto della cosiddetta rappresentanza politica, ponendolo su basi sostanzialmente diverse. E gli esempi potrebbero continuare, se i due addotti non si riferissero per l'appunto ai due princìpi — quello della sovranità popolare e quello della rappresentanza politica — da cui, più che da ogni altro, si potrebbe esser tentati a trarre argomento in favore di un potere costituente spettante, per diritto positivo, al popolo. Negato il primo, e concepito diversamente il secondo, nonostante ogni eventuale affermazione legislativa a ciò contraria, viene a mancare altresì di fondamento ogni conseguenza che se ne potrebbe fare discendere. Va da sé che in tutti gli

altri casi, in cui la legittimità del potere costituente di cui è parola si difende con elementi più concreti del diritto positivo, a tale esame si dovrà procedere con criteri che non possono, com'è naturale, esser presi in considerazione in una ricerca d'indole generale. Quel che si può in astratto dire si è che è sempre a diffidarsi di quelle teoriche, che tendono a introdurre, di straforo, un istituto così importante e fondamentale, nel sistema di un diritto positivo, che espressamente non lo riconosce e, quel che più, non lo regola: un'interpretazione tanto creatrice, ci si passi la frase, non è a presumersi ammissibile.

16. Un altro caso, in certo modo opposto a quello esaminato, di instaurazione di fatto, anzi contraria al diritto vigente, di un ordinamento costituzionale, si rinviene, come si è già avuto occasione di far cenno, nel colpo di Stato. Mentre fin qui si è fatta l'ipotesi di una instaurazione che ha luogo per mezzo di elementi che non partecipano all'organizzazione statuale, adesso, bisogna contemplare l'altra ipotesi che un nuovo regime venga imposto da un'autorità costituita. Intanto, cosa che a prima vista sorprenderebbe chi per avventura, se ciò potesse immaginarsi, si fosse mantenuto estraneo a tutte le tendenze politiche odierne, laddove per gl'innovamenti che trovano la loro origine in moti popolari, si propende, come si è visto, a farli rientrare nel tempio protettore del diritto positivo o, almeno, di quello filosofico, per ciò che, in senso largo si suole chiamare colpo di Stato, è da rilevarsi la tendenza perfettamente contraria. Ne viene che compito dell'attuale ricerca deve esser quello di delineare siffatta figura quando è necessario perché non ve ne se comprendano delle altre, che da essa sostanzialmente sono a distinguersi.

La ripartizione dei vari poteri che costituiscono la sovranità dello Stato fra i molteplici organi che di quest'ultimo fanno parte, e, soprattutto, l'affermazione del principio, fondamentale al costituzionalismo odierno, che la potestà spet-

tante all'organo supremo deve mantenersi rigorosamente entro limiti determinati, ha contribuito a introdurre nel concetto del colpo di Stato elementi che prima vi erano estranei. Senza intraprendere una ricerca che, per quanto seducente e da altri non tentata, ci porterebbe alquanto lontano dal nostro argomento, è da rilevarsi che, mentre l'illegittimità del colpo di Stato nel diritto anteriore all'attuale, veniva in considerazione quasi esclusivamente come violazione di qualche diritto subbiettivo, adesso, in primo luogo e avuto riguardo al suo aspetto sostanziale, appare come una violazione del diritto obbiettivo. La figura patrimoniale che assumevano i diritti di sovranità faceva sì che l'usurpazione di questi ultimi mostrasse il suo lato più appariscente nei rapporti con i subbietti che venivano spogliati o diminuiti dei loro diritti, in modo che le due figure principali rimanevano quelle dell'usurpatore e dell'usurpato, e al loro esclusivo comportamento si aveva riguardo per valutare le modalità della violazione, la sua ripartizione, e così via: il suddito, che, in fin dei conti, cambiava soltanto il padrone, restava nell'ombra. Il che, com'è evidente, portava alla conseguenza che del colpo di Stato non sorgeva il concetto, almeno in senso proprio, tutte le volte che l'innovazione, pure aggravando i doveri dei cittadini e sorpassando i limiti imposti al principe, non si compiva a danno di un altro titolare di diritti sovrani. Dall'altro lato, i princìpi dell'assolutismo, che si facevano sentire anche quando essi, in un modo o in un altro, erano, nel loro funzionamento pratico, attenuati, rendevano vaga ed oscillante la figura della instaurazione di un ordinamento costituzionale illegittimo solo perché avvenuta per un eccesso di competenza del sovrano. Tutto ciò contribuiva a confondere assieme il colpo di Stato e l'usurpazione commessa anche da chi non era rivestito di alcuna autorità.

17. Adesso invece il primo si distingue da altri concetti analoghi, anzitutto perché implica che suoi autori siano uno o più individui, o anche un'assemblea, che facciano parte

dell'organizzazione dello Stato. È necessario anzi che esso proceda da chi riveste la qualità di organo costituzionale. Questo estremo, delicatissimo, della nozione che s'indaga sembra che sorga dalla natura stessa di tale categoria di organi, dal fatto che essi sono non subordinati l'uno all'altro, ma solo coordinati fra loro. Colpo di Stato importa abuso di potestà, ma di potestà che sia suprema. Ove questo requisito manchi, l'essere rivestito di una pubblica carica non ha praticamente, né può avere, alcuna importanza e l'instauratore di un nuovo regime che tale qualità possiede si uguaglia in tutto a qualsiasi altro usurpatore, che all'organizzazione statuale sia estraneo.

Perché colpo di Stato si abbia, occorre, in secondo luogo, come già si è notato, che esso importi una violazione del diritto obbiettivo: non è invece necessario che ne rimangano lesi diritti di supremazia o diritti politici pertinenti ad individui: basta che sia leso il diritto dello Stato a reggersi con quegli ordinamenti che solo i suoi legittimi organi, entro la sfera della loro legittima competenza, possono mutare. Da ciò sono a trarsi parecchi corollari non tutti evidenti, alcuni dei quali richiederebbero un esame più largo di quello che qui può essere ad essi consentito. Anzitutto la violazione giuridica deve riguardare l'ordine interno dello Stato; se essa non turba tale ordine, ma è soltanto contraria al diritto internazionale, nel senso che le innovazioni che porta all'interno debbono considerarsi come rimozione sia pure violenta di una condizione di cose antigiuridica, la nozione di colpo di Stato non trova luogo. Secondariamente, occorre che si dia vita ad un nuovo regime costituzionale o quello esistente si modifichi nella parte che per l'appunto è a dirsi costituzionale: è solo all'esercizio immediato della sovranità che deve aversi riguardo, non alle sue manifestazioni derivate e accessorie. Finalmente, deve trattarsi di un mutamento che, almeno nell'intenzione di chi lo compie, abbia il requisito della stabilità.

18. Ciò non basta perché il colpo di Stato si distingua abbastanza nettamente dai cosiddetti provvedimenti di necessità. Questi in primo luogo, se sono a considerarsi illegali, non sembra che possano dirsi illegittimi: ci sono dei casi in cui, secondo la dottrina che sembra più accettabile, è perfettamente giuridico non osservare una legge, salvo a riparare in seguito formalmente a questa inosservanza (7). La quale non è, come, a prima vista, potrebbe supporsi, qualche cosa di fatto, ma è regolata, così nel suo procedimento come, in parte, nel suo contenuto, da norme vere e proprie di diritto. In secondo luogo, le mutazioni che nell'ordinamento costituzionale sono introdotte, per mezzo dei provvedimenti di cui è parola, hanno il carattere più spiccato della provvisorietà, in quanto che presuppongono che, venute meno certe condizioni straordinarie, anche l'ordinario regime venga in tutto ripristinato. Non d'instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale è quindi in tal caso a parlarsi, ma della momentanea sospensione di quello già esistente. Avuto riguardo a questi estremi abbastanza caratteristici, sembra affatto infondato il paragonare, come qualche volta si fa più o meno intenzionalmente, la figura del colpo di Stato a quella dei provvedimenti di necessità. A prescindere dal notare che a quest'ultimi è estraneo, per usare una felicissima espressione (8), ogni fine 'malizioso', che invece si rinviene il più delle volte nel primo, restano sempre tecnicamente e praticamente sostanziali, le differenze che si sono avvertite: l'instaurazione definitiva — ed illegittima — anche se suggerita dalla cosiddetta ragion di Stato, non può confondersi con un mutamento, se pur la parola è esatta, provvisorio e pienamente legittimo, comecché illegale.

---

(7) Cfr. il nostro studio *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, Milano, 1898.

(8) Cfr. Brusa, *Das Staatsrecht des Königreichs Italien*, Freiburg, 1882, 186; cfr. anche Rossi, *Lo stato d'assedio nel diritto pubblico italiano*, in *Archivio di diritto pubblico*, IV, 83.

19. Altri casi di instaurazioni di un ordinamento costituzionale contrarie al diritto si possono comprendere nella generica parola di usurpazione (9), nel cui concetto rientrerebbe, in vero, anche il colpo di Stato, del quale, per la sua caratteristica importanza, si è detto a parte. Usurpatore può essere anzi tutto lo Stato stesso, che non abbia diritto alla sovranità su coloro su cui cerca di dominare: ne è esempio tipico la conquista di uno Stato da parte di un altro. Si ha allora il caso di una sovranità che non è assolutamente illegittima, ma è tale solo relativamente alla parte del territorio conquistato. Può viceversa immaginarsi il caso di un nuovo Stato, che è per intero contrario al diritto, nel momento in cui sorge, salvo — ciò s'intende — ogni sua legittimazione. Così se sopra un territorio già appartenente ad uno Stato vien fondato, per intervento straniero, uno Stato nuovo: rispetto al primo, che considererà ancora come suo il territorio medesimo, quest'ultimo apparirà come usurpatore. L'usurpazione inoltre può essere soltanto interna, nel senso che può non dar luogo a nessun rapporto di diritto internazionale: in tal caso non è lo Stato a considerarsi usurpatore; la sovranità di esso, in se medesimo giusta, è posseduta da persona che se ne arroga senza diritto l'esercizio. È da rilevare che, per i fini dell'indagine strettamente giuridica, non importa se l'usurpazione sia commessa da uno straniero o da un cittadino, se pacificamente o con l'uso delle armi (10), se giustamente dal punto di vista dell'etica politica o meno (11). Piuttosto è a distinguere, più per comodità della trattazione, del resto, che per sostanziali differenze, il caso in cui l'usurpatore viene imposto da una rivoluzione e il caso in cui egli s'impadroni-

---

(9) Cfr. un'analisi della parola « usurpazione » in Brie, *Die Legitimation einer usurpirten Staatgewalt*, I, Heidelberg, 1866, 2 ss.

(10) D'opinione contraria: Held, *System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands*, Würzburg, II, 1856-57, 707.

(11) D'opinione contraria: Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht*, II, Monaco, 1852, 24.

sce del potere senza alcun intervento popolare. Va da sé che, per gli scopi dell'attuale ricerca deve soltanto contemplarsi l'ipotesi che l'usurpazione si riferisca ad una potestà suprema, ed abbia per effetto un mutamento costituzionale del Governo. Riguardo a quest'ultimo punto, è necessario rilevare che non occorre che venga cambiata la *forma* astratta del Governo ([12]), che una repubblica, ad esempio, si trasformi in monarchia e viceversa: basta una modificazione parziale, che però attenga all'ordine costituzionale, come ad esempio, se della Corona s'impossessi chi non è designato dalle norme sulla successione al trono.

Riassumendo quanto si è fin qui detto, si può concludere: l'instaurazione illegittima di un ordinamento costituzionale, avuto riguardo ai suoi autori, è a distinguersi, secondo che avviene per movimento popolare, per opera individiuale, per intervento di uno Stato straniero; avuto poi riguardo — ed è il punto di vista più importante — ai suoi effetti, si può avere la creazione di un nuovo Stato, la modificazione di uno o più Stati già esistenti, la creazione di una nuova forma di Governo, una modificazione costituzionale della forma di Governo vigente.

20. Resta adesso a studiare, nei suoi elementi caratteristici e nei suoi estremi, l'altra figura di instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale, cui si è accennato a suo luogo: non più contraria al diritto, ma al diritto assolutamente estranea.

Si presenta prima d'ogni altra, in tale esame, una teorica di recente formulata nella sua interezza ([13]) e che conviene esporre nei suoi tratti generalissimi. Secondo tale teorica, ogni nuova formazione di Stato implicherebbe, necessariamente e come regola sfornita di eccezioni, un puro procedi-

---

([12]) Brie, *op. ult. cit.*, 2.

([13]) Cfr. Jellinek, *Das Rechts des modernen Staates*, I: *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1900, 238 ss.

mento di fatto, che, solo in seguito, consolidandosi, diverrebbe diritto. Sarebbe questo un principio vero non solo per la cosiddetta formazione originaria, che fa sorgere un'associazione statuale dove prima esisteva un'associazione di natura diversa o anche nessuna associazione, ma anche per le formazioni derivate o secondarie, che dir si voglia, quelle cioè le quali procedono da mutazioni di altri Stati già esistenti. Ciò sarebbe una conseguenza necessaria della mancanza di un punto di riferimento da cui possa desumersi il diritto regolatore di tale processo. Non il diritto internazionale questo potrebbe essere, giacché tale diritto può regolare le condizioni sotto le quali si può dagli altri Stati riconoscere uno Stato di nuova formazione, ma non può disciplinare le forme dirette ad una formazione siffatta, giacché lo Stato è Stato in forza della sua intima natura. Lo stesso è a dirsi del diritto costituzionale: lo Stato non può certo stabilire il diritto che regola la sua propria origine, giacché, per poter far ciò, deve prima esistere. Il procedimento di formazione dunque non può, secondo tale dottrina, cominciare altrimenti che come un procedimento di fatto. L'opinione contraria, che non sarebbe stata né quella dei Greci né quella dei Romani, sarebbe un'infondata continuazione della dottrina medioevale. Questa, anzi tutto, non conobbe l'esistenza di uno Stato autonomo, nel senso che la formazione di un nuovo Stato appariva come una mutazione dell'impero, la quale dovea, com'è naturale, giudicarsi secondo l'ordinamento giuridico di esso: in secondo luogo, la confusione fra il diritto pubblico e il privato faceva sì che lo Stato apparisse come la conseguenza di un accordo contrattuale fra due parti: il popolo e il sovrano. Quest'ultima tendenza, rafforzata dalla scuola del diritto naturale, si è continuata negli scrittori più recenti, anche in quelli che di quest'ultimo hanno ritenuto l'inammissibilità [14]. Lo Stato non ha una natura puramente ed esclu-

---

[14] Mohl, *Encyklopädie des Staatswissenchaften*, Freiburg im Breisgau, 1881, 99; Schulze, *Einleitung in das deutschen Staatsrecht*,

sivamente giuridica, in modo che il diritto debba accompagnarlo in tutti i suoi sviluppi e in tutte le sue manifestazioni: il problema della giuridicità della sua origine può proporsi solo da chi sconosce questa verità fondamentale. Considerato in se medesimo, lo Stato è qualche cosa che trascende la conoscenza del puro giurista: il diritto vi si ricollega, anzi ne deriva, ma la sua essenza è qualche cosa che sta fuori la scienza pratica e normativa del diritto, per rientrare nell'orbita di altre scienze teoretiche.

21. Senza dubbio, la dottrina così formulata si presenta molto seducente e racchiude in sé numerosi princìpi la cui verità solo a torto potrebbe essere negata. Essa ha principalmente il merito di far *tabula rasa* di ogni elemento di diritto astratto o filosofico, le cui infiltrazioni in tale ordine d'indagini sono altrettanto frequenti quanto insidiose e difficili a scoprirsi. Tuttavia non sembra che possa in tutto accogliersi. Per un conveniente sviluppo delle ragioni che inducono in quest'opinione, giova distinguere la formazione originaria dello Stato da quella derivata.

In riguardo alla prima, come si è un momento fa rilevato, anche da scrittori che si sono mostrati decisi avversari di ogni teoria contrattualistica, si è ammesso che lo Stato può avere qualche volta origine per mezzo di un vero e proprio contratto fra coloro che ne fanno parte. Recentissimamente ([15]), tale dottrina subiva una certa modificazione, della quale è bene tener conto. Si è sostenuto che vi sono degli esempi storici che provano, almeno in parte, che la concezione dello Stato come un rapporto di società ha un fondamento non del tutto erroneo. Veramente quest'analogia si riscontrerebbe solo al momento in cui lo Stato ha origine, nel senso che è

Leipzig, 1867, 151; BLUNTSCHLI, *Lehre von modernen Staat*, I, Stoccarda, 1876, 336; RIVIER, *Principes du droit des gens*, I, Parigi, 1896, 54; ecc.

([15]) Cfr. REHM, *Allgemeine Staatslehre*, Freiburg, 1899, 273. Cfr. anche UGO, *Sulle incostituzionalità*, Macerata, 1887, citato da ARANGIO-RUIZ G., *Istituzioni e leggi costituenti*, Milano, 1892, 343.

da un agire collettivo di più persone che quest'ultimo trae la sua vita. Ma una volta sorto lo Stato, nessun rapporto sociale esiste più fra i suoi componenti: questi non si devono obbedienza l'uno all'altro, ma tutti la devono all'ente superiore. De ciò deriva la conseguenza, che coloro che a tale formazione procedono non stringono nessun vincolo reciproco, ma solo agiscono assieme per uno scopo comune, quello di creare un nuovo subbietto giuridico. Non di contratto di società è quindi a parlarsi, ma di un atto complesso o collettivo ([16]), che dir si voglia. Sarebbe questa la forma in cui eccezionalmente avrebbero origine i primi Stati, che, ordinariamente, derivano dall'assoggettamento di un'orda ad una altra ([17]).

Contro questa dottrina, si è rilevato che il concetto dell'atto collettivo non può trovare in tale campo applicazione: esso non rientrerebbe nel diritto privato né nel diritto pubblico interno, né nel diritto internazionale; non apparterrebbe quindi ad alcun diritto positivo, ma sarebbe un concetto di diritto naturale ([18]). Una simile formazione di Stato non riposerebbe per conseguenza sopra un atto giuridico, ma sarebbe una formazione di fatto.

Ed in vero non si può negare che, nel momento in cui essa s'inizia sino al momento in cui si compie, manca ogni norma di diritto, nel senso stretto della parola, da cui il relativo procedimento possa essere regolato. Si vedrà a suo tempo quali conseguenze derivino dal fatto stesso che uno Stato ha vita, conseguenze che a torto dalla teorica cui si è accennato vengono trascurate: si esaminerà allora se la nuova formazione statuale può avere l'effetto di far considerare come

---

([16]) Nel medesimo senso in cui, a tutt'altro proposito, hanno accettato tale concetto giuridico GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, Monaco, 1895, 284; KUNTZE, *Der Gesammtakt*, Leipzig, 1892; JELLINEK, *System*, Freiburg, 1892, 138 ss.; BRONDI, *L'atto complesso*, in *Scritti in onore di F. Schupfer*, III, Torino, 1898, 555 ss.

([17]) REHM, *lc. cit.*

([18]) JELLINEK, *Das Recht des modernen Staates*, cit., 244.

atto giuridico ciò che prima non poteva considerarsi altrimenti che come un fatto estraneo al diritto. Ma tralasciando per ora di mettere in luce ciò che deriva da una susseguente legittimazione — intesa in quel senso su cui converrà appresso intrattenerci — resta sempre vero che la formazione originaria di uno Stato deve ascriversi tra le formazioni di fatto.

22. Per evitare però equivoci, molto facili a insinuarsi in argomenti così delicati, è bene precisare che cosa per formazione originaria debba intendersi; sembra anzi che il concetto che di essa si ha comunemente ([19]) debba alquanto correggersi, per l'appunto in base a princìpi già posti e ad altri di cui dovrà farsi adesso parola.

Originaria è quella formazione statuale che avviene senza alcuna modificazione e, tanto meno, estinzione di altri Stati. Su questo punto, astrattamente parlando, non cade alcun dubbio. Ma, a prescindere dal caso dell'estinzione che, ai fini dell'attuale ricerca, non offre difficoltà, è a vedere quando effettivamente una modificazione abbia o non abbia luogo. Parrebbe a prima vista — ed è opinione che ricorre abbastanza spesso a questo e ad altri propositi — che i mutamenti giuridicamente rilevanti, che uno Stato può subire, si riferiscano soltanto al suo territorio e alla sua sovranità, al primo mediante le aggregazioni e le disgregazioni, alla seconda per effetto del formarsi e del venir meno di un vincolo federativo o anche di un protettorato internazionale. Non si tiene invece alcun conto dell'elemento personale: la variabilità che di quest'ultimo è propria fa sì che tutte le sue modificazioni, così quelle normali come le straordinarie, si crede non abbbiano una vera e propria influenza sullo Stato, in modo che non possano considerarsi come modificazioni di esso. Ciò è a ritenersi perfettamente esatto in linea generale, ma non può

([19]) Cfr., fra gli altri, Racioppi, *La formazione storica degli Stati*, Palermo, 1896 (estratto dall'*Archivio di diritto pubblico*).

del tutto accettarsi quando si tratta di stabilire il concetto di formazione originaria di uno Stato. Suppongasi l'esempio, non importa — com'è naturale — se affatto ipotetico e senza riscontri storici, che uno Stato creda opportuno di regolare il modo con cui una parte dei suoi cittadini, che da esso emigra, fonderà un nuovo Stato in territori disabitati o che sconoscano la forma dell'associazione statuale. Naturalmente è qui da supporsi che di vero e proprio Stato si tratta, e non di una colonia o anche di frazione di Stato ([20]), giacché, altrimenti, queste formerebbero delle aggregazioni allo Stato cui i loro membri appartengono, e si avrebbero conseguentemente delle modificazioni territoriali. Il caso invece che si è fatto prescinde da ogni modificazione che si riferisca così all'elemento del territorio come all'elemento della sovranità. Ne viene che o deve ammettersi come possibile, sia pure eccezionalmente, che una formazione statuale originaria consista in un procedimento regolato dal diritto o deve ammettersi, e ciò sembra preferibile, che nell'ipotesi che s'è contemplata, si ha una formazione non originaria. Ed in vero non si può negare che la sottrazione, che avvenga tutta in una volta, di tanto elemento personale quanto è necessario per dar vita ad un nuovo organismo politico, lasci integro nei suoi elementi costitutivi lo Stato per cui essa ha luogo, massime quando esso regoli siffatto movimento e ne subordini la legittimità all'osservanza di tali regole. Si tratterà di una modificazione meno evidente, meno tangibile di quelle territoriali o delle altre che implicano una limitazione alla sovranità; i suoi effetti potranno col tempo venir meno; ma intanto d'una modificazione giuridicamente rilevante sembra che possa parlarsi. In conclusione si ha che uno Stato nuovo sorge, traendo uno dei suoi elementi da un altro Stato e non traendolo in modo che quest'ultimo consideri per sé indifferente, ma in

---

([20]) Sul concetto di *Staatsfragment*, cfr. JELLINEK, *Ueber Staatfragmente*, Heidelberg, 1896, e le nostre osservazioni, in *Archivio giuridico*, 1898, I, (n. s.) 320.

un modo che esso prevede e disciplina. Per quanto riguarda poi l'opinione che in tal caso la formazione dello Stato non sia di fatto ma giuridica, si va incontro alla teorica di già accennata, per cui tutte le formazioni statuali, comprese le derivate, avvengono con procedimenti cui il diritto è estraneo. È di questa teorica dunque che adesso occorre esaminare i termini generali, per vederne in seguito le concrete applicazioni.

23. Il principio fondamentale che sembra si ponga a base di tale dottrina è il seguente: uno Stato non può giuridicamente esser creato da un altro Stato, perché il suo ordinamento non può riposare che sulla propria volontà. Non si nega che sulla sua formazione possa influire un altro Stato, ma ad ogni modo, una connessione giuridica fra lo Stato che crea e lo Stato creato non esiste: a quest'ultimo potranno anche imporsi degli obblighi di diritto internazionale, ma tali obblighi presuppongono la sua esistenza, non la determinano, e nemmeno derivano dagli atti che vi hanno dato luogo.

Ora ciò non sembra che possa in tutto accettarsi. Sta bene che uno Stato non possa giuridicamente riposare che sulla sua stessa volontà, ma ciò è a dirsi quando questa volontà sia effettivamente sorta ed abbia reale consistenza: il procedimento formativo di essa invece può esser regolato dal diritto di un altro Stato. Ciò riesce più evidente in alcuni casi. Suppongasi che a quest'ultimo appartengano o i cittadini o il territorio o anche ambedue questi elementi dello Stato nuovo: che cosa vieta che esso disciplini ciò che fanno i *suoi* sudditi o in genere ciò che si fa nel *suo* territorio, finché *suoi* rimangono i primi e il secondo? Così facendo esso non fa che esplicare la sua sovranità nei limiti normali a questa consentiti; com'è naturale, quando la nuova associazione statuale si sarà formata, l'antica dovrà ritirarsi per dar posto a quest'ultima, ma, finché ciò non avviene, si avranno delle azioni giuridicamente rilevanti che il diritto dello Stato in

cui si compiono o dai cui cittadini si compiono è perfettamente naturale che regoli nel modo che crede più opportuno. Anche se l'efficacia di questo regolamento dovesse esaurirsi con la nascita del nuovo Stato, ciò non sarebbe una buona ragione per negarne la perfetta giuridicità. Si ammetta pure che per lo Stato creato le norme derivanti dallo Stato creatore non continuino ad avere alcuna efficacia, ma non si potrà negare che un'efficacia esse abbiano avuto, nel momento in cui il processo da loro disciplinato si svolgeva, appunto perché, nell'ipotesi che s'è fatta, si ha un processo che rientra interamente nel diritto pubblico interno dello Stato da cui trae origine. Del resto, non sembra neppure che sia esatto affermare in modo assoluto che il nuovo Stato di tale regolamento della sua formazione non risenta alcuna giuridica conseguenza. È giusto, giova ripeterlo, che avendo esso una sua volontà, è a questa che bisogna far capo per dar fondamento al diritto che gli è proprio; ma questa sua volontà può nascere con atteggiamenti, con indirizzi, con limitazioni che derivano per l'appunto dal modo con cui la nascita ha avuto luogo. Né tutto ciò si può dire che, per quanto importante in linea di fatto, non interessi il diritto: l'interessa, per quanto in modo delicatissimo. Ed in primo luogo, da un certo punto di vista è a dire che i princìpi che presiedettero alla formazione del nuovo Stato passano nel suo diritto pubblico interno. Tale passaggio non ha la stessa giuridica portata che ha l'adozione o l'imitazione, frequentissima, da parte di uno Stato, di norme vigenti in un altro, adozione ed imitazione che non stabiliscono certo nessun vincolo fra i due Stati. Egli è che, come a suo luogo sarà meglio messo in luce, lo Stato di nuova formazione deve considerar suo diritto quel complesso di norme e di istituti che ebbero vita mentre la sua formazione andava maturandosi e preparandosi: in altri termini, il nuovo ordinamento giuridico avrà per dir così degli effetti retroattivi su quelli che possono dirsi i suoi prodromi, esso si considererà come se avesse avuto principio non il giorno in cui effettivamente ebbe vita, ma il giorno in cui s'iniziò il pro-

cedimento che dovea condurre alla sua nascita. Ciò, si noti bene, deriva non da un riconoscimento vero e proprio, da un atto di volontà, ma dall'impossibilità logica che lo Stato rinneghi la sua origine. In modo che, se esso muta — il che può certo fare — le norme che ne accompagnarono il processo di formazione, ciò non vorrà dire che egli non le avrà riconosciute, che quindi tali norme non costituirono mai il suo diritto, ma che esso ha inteso il bisogno di modificare il diritto che fu necessariamente suo. Una connessione giuridica dunque fra lo Stato creatore e lo Stato creato esiste: e il principio che il diritto di quest'ultimo deve riposare sulla sua propria volontà deve intendersi *cum grano salis*, nel senso cui si è accennato. C'è un periodo più o meno lungo di tempo in cui la vita incipiente dell'uno Stato si fonda sulla vita dell'altro e si confonde con essa, un periodo di gestazione, ci si passi il paragone e la parola, in cui si hanno norme ed istituti che sono di uno Stato, ma che intanto il nuovo Stato non potrà in seguito non considerare come suoi. Questo punto d'incidenza, curiosissimo e degno di essere attentamente considerato, che, giova ripeterlo, non costituisce un'accidentalità o qualche cosa che dipende dalla volontà degli Stati stessi, ma deriva da una necessità logico-giuridica, è perfettamente trascurato dalla teoria che si combatte. Ne nascono degli equivoci che sarà bene mettere in vista. Quando Napoleone — si dice ([21]) — creò con un suo decreto il regno di Vestfalia, l'esistenza, giuridicamente parlando, del nuovo regno non fu possibile, se non quando questo considerò proprio quel decreto. Ciò, invece, non sembra esatto. Il nuovo Stato, perciò stesso che da quel decreto ebbe vita, non poteva non considerarlo suo, poteva soltanto, dal punto di vista del diritto, *mutare* le istituzioni che con esso si creavano. Mutare, si noti bene, non disconoscere, il che importa che di riconoscimento non è in tal caso a parlarsi.

([21]) JELLINEK, *Das Recht des modernen Staates*, cit., 247.

24. E si meditino le conseguenze, praticamente importanti, che dall'accettazione della nostra teorica derivano. Anzi tutto, e ciò sarà detto meglio in seguito, gli atti dei cosiddetti Governi provvisori attingono da loro stessi la propria efficacia e non è necessario che vengano approvati dagli organi ordinari del nuovo Stato, mentre, movendo dalla dottrina opposta, si dovrebbe arrivare a diverse conseguenze. In secondo luogo, nei rapporti internazionali, sembra che la connessione giuridica che intercede fra lo Stato creato e lo Stato creatore possa spiegare qualche influenza. Il primo si è ammesso che possa mutare l'ordinamento datogli dal secondo, poiché ciascuno Stato può modificare il suo diritto. Ma questa regola ha delle eccezioni derivanti dal rispetto dovuto agli obblighi internazionali già assunti. Ora, se il nuovo Stato non può non considerare diritto suo le norme che ebbero vita durante la sua formazione, se la validità di esse non dipende da un suo esplicito riconoscimento, ne deriva che se fra tali norme ce ne sono alcune che implicano degli obblighi verso altri Stati, esso sarà tenuto a non innovarle.

Ma, a prescindere da questi e da altri particolari che non interessano, se non indirettamente, l'attuale indagine, quel che importa per adesso mettere in vista si è che il ragionamento su cui si fonda la tesi che ogni formazione di Stato è formazione di fatto pare che poggi su basi erronee. È la continuità, e avuto riguardo ai momenti cui si è accennato, si potrebbe anche dire immedesimazione e sovrapposizione, del diritto dello Stato antico che crea il nuovo e del diritto di quest'ultimo, che tale tesi sconosce. Questa continuità, invece, non solo esiste, ma per quanto delicata e difficile a cogliersi nei suoi momenti astratti e concettuali, è feconda di effetti giuridici, che non sarebbe certo inutile che uno studio apposito chiarisse, più minutamente di quel che qui non sia stato possibile. Si comprende come essa si sia potuta negare per la formazione originaria degli Stati; ma per le formazioni derivate, dovea presumersi che esistesse, per quanto talora manchi, come a momenti sarà meglio dimostrato. Co-

munque sia, oltre le conseguenze che da tutto ciò possono ricavarsi nel presente studio, è da notare, per la sua importanza, che un dogma, comunemente ripetuto, deve alquanto modificarsi: non è vero che il diritto di uno Stato trae origine dalla sua volontà bella e formata; esso può trarre origine anche da quel procedimento che ha dato luogo a tale formazione di volontà, e, in diverso grado, conferisce a quest'ultima un'impronta, che la vita posteriore può cancellare ma può anche, in parte, rimanere, non per caso o per condizioni di fatto, ma per necessità giuridiche.

25. Resta, dopo ciò, a vedere quali delle formazioni derivate dello Stato possono considerarsi di fatto e quali di diritto: va da sé che tale ricerca non si propone se non di chiarire con qualche esempio quanto si è finora detto; una enumerazione completa dei casi che rientrano nell'una o nell'altra categoria non è possibile. Soprattutto importa insistere, perché, considerate superficialmente, potrebbero essere male valutate, quelle formazioni che, avuto riguardo all'esclusivo procedimento che di esse è proprio, sono a dirsi di fatto, ma che tuttavia sono precedute da atti che rientrano perfettamente nel dominio di un diritto positivo: questo si arresta e cessa di farsi valere al momento in cui la formazione in senso stretto comincia. È a rilevarsi anzi che, quando di formazione derivata si parla, questa potrà benissimo svolgersi con un processo giuridicamente irrilevante, ma il momento anteriore ad essa sarà di regola o contrario o conforme al diritto, giacché, a differenza di quel che avviene per la formazione originaria, si ha necessariamente la modificazione o l'estinzione di un altro Stato. Ora è ben difficile che, allorquando quella serie di atti che possono definirsi gl'inizi remoti della nuova associazione statuale sono illegittimi, l'origine vera e propria non sia pure illegittima; in quest'ultimo caso, il più delle volte si rientra nella prima categoria delle formazioni di fatto che si è a suo luogo tolta in esame. Qui invece si accenna all'ipotesi che gl'inizi remoti, per ripetere la

frase un momento fa adoperata che, anche tecnicamente, sembra espressiva, siano conformi, ed è il caso più probabile, o anche contrari al diritto, che, in seguito, nel momento in cui la formazione si va concretando, cessino di poter essere giudicati alla stregua di un diritto positivo che, se prima era favorevole, ora cessa di accompagnarli, e, se era contrario, si muta, nel senso che, pur disinteressandosi di ciò che sarà per seguire, riconosce il fatto fino allora compiuto: in questi due casi si avranno delle formazioni derivate di Stati che saranno a considerarsi estranee al diritto.

26. Fermandoci al primo di essi, è a ritenersi che, quando la formazione di un nuovo Stato è preceduta dall'estinzione di un altro, il procedimento con cui quest'estinzione ha luogo potrà essere benissimo un procedimento giuridico. Uno Stato può cessare di esistere decretando la sua fine con atti che legittimamente esprimono la sua volontà. È allora evidente che solo tale fine potrà essere conforme al diritto: la formazione del nuovo Stato, a meno che non avvenga contemporaneamente, anzi quasi precedentemente, nel senso che la fine del primo ne sia l'effetto, essendo appunto venuto meno l'ordinamento da cui avrebbe potuto esser regolata, sarà soltanto una formazione di fatto. Oltre che la sua cessazione, uno Stato può, in conformità al suo diritto, procedere alla disgregazione di una sua parte, perché questa formi uno Stato nuovo, sia unito all'antico per mezzo di vincoli federativi, sia completamente autonomo. Se esso allora si limita a sancire siffatta disgregazione, senza occuparsi delle modalità con cui al nuovo ente politico dovrà darsi vita, si è nell'ipotesi che forma oggetto dell'attuale ricerca. Potrebbe dubitarsi se vi rientri il caso, per esempio, in cui la parte disgregata sia costituita da un ente autarchico, un Comune, una Provincia, e così via, munito di una propria organizzazione, e la costituzione a Stato avvenga per mezzo di tali organi: si potrebbe allora credere che si abbia un procedimento non estraneo al diritto, ma ad esso conforme. Ciò tuttavia non

sarebbe esatto. Anzitutto, l'esistenza giuridica degli organi di cui è parola dovrebbe considerarsi cessata dal momento che l'ente autarchico, disgregatosi, ha perduto tale qualità; in secondo luogo, essi agirebbero fuori dei limiti della competenza che era loro propria, competenza che non potrebbe credersi allargata sino a comprendere il potere di dar vita a un nuovo Stato pel fatto solo della separazione dallo Stato cui si apparteneva. Essi funzionerebbero come Governo provvisorio e degli altri Governi provvisori avrebbero la natura giuridica, che a suo tempo sarà chiarita.

In riguardo al caso di una formazione di un nuovo Stato dietro disgregazione dei suoi elementi da un altro, si è già notato che essa può non essere illegittima, pure essendo stata tale la disgregazione. Lo Stato a cui danno essa si è compiuta, può essere costretto a riconoscerla dalle esigenze delle relazioni internazionali, da ragioni di opportunità e così via, prima ancora che il nuovo Stato sia sorto, in modo che questo non sarà più affetto da alcuna illegittimità. Ciò non è possibile che avvenga, di regola, nel caso che la formazione abbia luogo dietro l'estinzione di un altro Stato. Quest'ultima può essere stata contraria al diritto, ma il diritto stesso, essendo venuto meno insieme allo Stato, non potrà più spiegare alcun effetto sul procedimento ulteriore. A questo principio però deve riconoscersi qualche eccezione importantissima ed elegantissima, cui giova accennare. Suppongasi che lo Stato estinto facesse parte di una federazione o di uno Stato federale o che su di esso avesse un diritto di protezione un altro Stato: allora le ragioni alla sua esistenza non cessano con la sua morte, giacché ne resta titolare o il tutto di cui esso faceva parte o lo Stato protettore.

27. Della instaurazione, non contraria né conforme al diritto, di un nuovo ordinamento costituzionale, si sono finora studiati quei casi in cui essa produce la nascita di uno Stato: occorre adesso accennare al caso in cui, pur rimanendo lo Stato perfettamente integro, si ha una modificazione o una

mutazione del suo Governo. È questa un'ipotesi molto delicata, che dà luogo a non lievi difficoltà, ove si voglia tracciarne le linee teoriche. Giacché è perfettamente ovvio che nuovi organi costituzionali o nuovi modi del loro funzionamento vengono introdotti con un procedimento legittimo, o illegittimo, ma, che lo Stato non possegga nel suo diritto una norma da cui questa legittimità o illegittimità possa dedursi, è cosa non solo difficilmente immaginabile, ma che, a prima vista, sembra che contrasti con alcuni princìpi generalmente ammessi. Eppure, un osservatore non superficiale dovrà riconoscere che il caso può darsi ed è della massima importanza, non solo considerato in sé medesimo, ma anche avuto riguardo alla maggiore o minore estensione che è a darsi a quei princìpi cui un momento fa si alludeva, e che per solito vengono formulati in modo assoluto, laddove di eccezioni non lievi e non trascurabili sembra che essi siano suscettibili.

28. Primi fra tutti ci si presentano, in ordine a tale ricerca, alcuni casi di interregno. Senza qui intraprendere un apposito esame, che sarebbe, com'è naturale, fuori di proposito, per determinare il senso abbastanza controverso che alla parola 'interregno' deve attribuirsi, sembra che sia sufficiente per la dimostrazione della tesi sopra posta, il considerare due casi che, senza alcun dubbio, rientrano in tale figura giuridica ([22]). Essi si hanno per l'estinzione della famiglia regnante e per la rinuncia alla corona dell'ultimo membro di essa, senza che si abbiano eredi nati o, almeno, nascituri. Potrà darsi che la costituzione determini espressamente le persone che debbono assumere il governo provvisorio e il modo con cui si dovrà provvedere al governo definitivo, ma potrà anche darsi che ciò non avvenga. Sorge allora la questione: in mancanza di una precisa disposizione di legge, si potrà, ricorrendo a casi analoghi o argomentando da princìpi generali, stabilire le norme giuridiche con cui siffatta crisi dovrà

([22]) Triepel, *Das Interregnum*, Leipzig, 1892, 7.

risolversi? oppure la sua soluzione dovrà essere una soluzione di fatto, che solo in seguito riceverà la sua legittimazione? Che in qualche caso l'interregno possa esser regolato in virtù di analogia, non è dubbio; così se l'ultimo membro della dinastia muore, ma lascia incinta la vedova, al governo provvisorio si dovrà provvedere analogamente che alla reggenza. Ma nei casi cui si è sopra accennato, ed anche in quest'ultimo, ove la nascita di chi avrebbe diritto al trono non si avveri, sembra che nessuna interpretazione analogica sia in genere possibile. Si tratta d'istituti così caratteristici, di una configurazione così delicata, che toccano momenti così supremi della vita costituzionale dello Stato, che il cercare di disciplinarli alla stregua di altri istituti, che con essi non possono presentare che una lontana somiglianza, è pericoloso ed improprio. Piuttosto è da vedere se possono soccorrere i cosiddetti princìpi generali. Traendo anzi argomento da note disposizioni del nostro diritto positivo, si dovrebbe *a priori* affermare che essi debbono contenere le norme che valgono a risolvere anche la questione di cui è parola: un sistema di diritto, si potrebbe dire, richiamando teoriche generalmente accettate, non deve offrir lacune, esso deve contenere, almeno in embrione, tutte le regole che occorrono per tutti i casi possibili: ove il legislatore non ha provveduto, deve provvedere l'interprete con i mezzi tecnici che stanno a sua disposizione e che, convenientemente adoperati, è imprescindibile che raggiungano sempre lo scopo. Non sembra però che questa dottrina, vera, generalmente considerata, che trova costante applicazione in tutto il campo del diritto privato e in tutti gli altri rami del diritto pubblico, possa assolutamente accettarsi per quanto riguarda il diritto costituzionale che, pure, come si è avuto modo di osservare, è formato, in gran parte, dai cosiddetti princìpi generali. Egli è che nella vita dello Stato hanno talvolta luogo dei momenti di crisi in cui l'efficacia del suo diritto viene, se non distrutta, sospesa: in modo che non dal diritto, ma da energie al diritto estranee esso viene sorretto fino al momento in cui la

crisi è risolta. Ciò — a prescindere da altri casi che non ci riguardano — avviene quando il Governo si trova nella impossibilità di funzionare, essendo venuto meno uno degli organi che per tale funzionamento era necessario. Se tutto il sistema del diritto positivo si fonda, nelle sue concrete disposizioni e nel suo spirito, sul presupposto che certi atti non possono compiersi legalmente se non da un organo o col suo concorso, è vano ricercare una soluzione giuridica pel caso che ciò sia materialmente impossibile: l'elasticità del diritto non sarà tanta da contraddire al principio che esso, sia pure a torto e imprevidentemente, ha posto a suo fondamento. L'interpretazione per via dei princìpi generali importa che, per trovare la norma che regoli una fattispecie concreta si risalga con un processo di graduale astrazione a quei princìpi larghi e comprensivi che, in certo modo, possono considerarsi come cerchi concentrici, ciascuno dei quali racchiude in sé degli altri che hanno un minor raggio di applicazione. Ora è evidente che, quando un caso, per la sua stessa natura, è tale che non può essere regolato se non dal massimo di questi princìpi, da quello che in sé comprende tutti gli altri, e questo non ha la possibilità di regolarlo, l'interprete deve necessariamente arrestarsi giacché, se procedesse oltre, non più il diritto troverebbe, ma regole e norme che a questo sono perfettamente estranee. Ora che uno Stato non possegga il diritto che regoli tutti i momenti della sua vita costituzionale, che di per sé ne sarebbero suscettibili, potrà sembrare, a prima vista, un'affermazione poco giuridica, ma che è però esattissima. Sia pure come cosa affatto transitoria, è lecito immaginare uno Stato che non abbia un Governo quale il suo diritto richiederebbe, ma ad esso contrario: tutto quanto si è detto nelle pagine precedenti si fonda su questa possibilità, che del resto nessuno mette in dubbio. Ora, per le stesse ragioni, è dato immaginare l'esistenza di un Governo non contrario, ma nemmeno conforme al diritto dello Stato. Egli è che, come si è avuto campo di rilevare, è possibile che, senza che lo Stato venga meno, il suo diritto resti, almeno

in parte, momentaneamente paralizzato, inidoneo ad essere scelto come norma per giudicare della legittimità o illegittimità di determinati atti. L'opinione ormai antica ([23]), e adesso non più seguita, per cui durante l'interregno, lo Stato stesso non continuerebbe a sussistere, *forse* si fonda su un'intuizione lontana della dottrina contraria a quella che sembra la vera: di essa ad ogni modo può tenersi conto, in quanto è possibile che un'altra intuizione contenga: che ci sono, cioè, dei casi d'interregno che il diritto positivo è impotente a regolare. Il che è vero, senza che si sia autorizzati a venire alla conclusione che, per ciò solo, la vita dello Stato rimanga interrotta nella sua continuità giuridica.

Da quanto si è venuto fin qui dicendo può trarsi la conclusione che l'istaurazione di un Governo provvisorio e, in seguito, quella di un Governo definitivo, o anche, sin da principio, quest'ultima, senza che si abbia la prima, deve talora considerarsi come un'instaurazione di fatto: non fonforme al diritto, che non l'ha preveduta né regolata; non contraria, perché la cessazione del Governo antecedente è dovuta ad accidentalità, per dir così, naturali, e la formazione del nuovo ordinamento, imposta dalla necessità più evidente, non può aver luogo con un procedimento giuridico.

29. Tale ordine di idee rimarrebbe avvalorato da un esame, sia pure breve e superficiale, dei vari modi con cui i giuristi così antichi che moderni hanno proposto che sia regolato l'interregno. Essi hanno fatto tutti, o quasi tutti, capo a princìpi non di stretto diritto, ma di diritto filosofico o naturale: nella maggior parte dei casi, si pongono dal punto di vista della sovranità popolare per affermare che questa, venendo a mancare il sovrano, ripiglia tutto il suo impero originario, ed è il popolo che, o direttamente o per mezzo dei suoi rappresentanti, deve procedere all'elezione del nuovo

---

([23]) PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Venezia, 1757, lib. VII, cap. 7, §§ 7-10.

sovrano ([24]). Qualcuno ([25]) che nega l'esattezza della premessa giunge sempre alla medesima conclusione, movendo da un punto di partenza che è, in sostanza, molto analogo, in quanto che si fonda specialmente sul concetto del contratto fra i sudditi e il principe. Soltanto un recentissimo giurista ([26]) ha difeso vedute sostanzialmente diverse: secondo lui, nei casi d'interregno, in cui è a respingersi una stretta analogia con la reggenza, il Governo provvisorio dev'essere assunto dai Ministri, e, se essi non vogliono o non possono assumerlo, dalla rappresentanza popolare; l'elezione poi del sovrano, come atto che importa nuovo diritto obbiettivo, e perciò richiederebbe una legge, deve farsi per mezzo delle camere legislative, le quali, essendo venuto meno un organo il cui concorso sarebbe stato pur necessario, funzionerebbero sole: che se poi si tratta di una monarchia assoluta, l'elezione medesima, non potrebbe avvenire che per mezzo del Governo provvisorio. Sono soluzioni queste che, anche a prima vista, appaiono suggerite anzi che da un ragionamento giuridico vero e proprio, dalla considerazione che, nella maggior parte dei casi, sarebbe molto probabile che la soluzione della crisi avvenisse in tal modo: gli organi designati a ciò sarebbero senza dubbio quelli che, di regola, si troverebbero in condizioni di opportunità per assumere provvisoriamente la direzione delle cose e instaurare il nuovo ordinamento definitivo: ma opportunità non significa certamente diritto. Il quale, nel caso nostro, manca per quelle ragioni cui si è già accennato: né sembra che si possa desumere dal regolamento pressoché uniforme che si rinviene nelle numerose costituzioni che se ne occupano: l'accordo della legislazione straniera può giu-

---

([24]) Così, ad esempio, ALTHUSIUS, *Politica methodice digesta*, Herborn, 1603, cap. 9; su di esso cfr. GIERKE, *Johannes Althusius u. die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, in *Untersuchungen zur d. Staats- u. Rechtsgeschichte*, VII.

([25]) HUGO DE GROOT, *De iure belli ac pacis*, I, Parigi, 1625, 3, 8.

([26]) TRIEPEL, *op. cit.*, 84 ss.

stificare la soluzione di una controversia dal punto di vista del cosiddetto diritto costituzionale generale, ma non può produrre diritto positivo. Il giurista, la cui dottrina si è tratteggiata, pone in fine delle sue indagini la seguente conclusione: '*freilich ist das gerade einer der Punkte, wo es leicht möglich ist, dass die Thatsachen am Rechte vorübergehen, möglicher Weise das Recht durch ihre Uebermacht verändern können*' ([27]). Egli avrebbe dovuto fare ancora un passo e riconoscere senz'altro che anche le soluzioni da lui difese sono soluzioni di fatto.

30. Ciò che si è fin qui detto per i casi accennati di interregno, potrebbe anche ripetersi per altri casi, ove di tali figure giuridiche non può parlarsi se non in senso improprio, almeno secondo l'opinione corrente. Così può anzi tutto farsi l'ipotesi che, estintasi la dinastia, non si proceda all'elezione di un nuovo sovrano, ma si cambi addirittura la forma di Governo, instaurando, per esempio, la repubblica, oppure si renda la monarchia da ereditaria elettiva. L'interregno, in se stesso considerato, presuppone soltanto un mutamento nella *persona* del capo dello Stato, mutamento che produce, secondo la dottrina che sembra più corretta ([28]), nuovo diritto obbiettivo, perché implica delle nuove norme sulla successione al trono, ma che ad ogni modo lascia intatta la costituzione, l'organizzazione statuale, tranne che nel suo elemento personale. Se la forma di Governo esistente viene sostituita con un'altra, allora si ha qualche cosa di più dell'interregno ([29]); ma è chiaro che, dal punto di vista dell'indagine attuale, si ha un caso perfettamente analogo. Per esso, anzi, è più evidente che per il primo la tesi che l'instaurazione del nuovo ordinamento sia un'instaurazione di fatto. Solo è da dubi-

---

([27]) TRIEPEL, *op. cit.*, 117.

([28]) LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, I, Tübingen, 1882, 513.

([29]) TRIEPEL, *op. cit.*, 78.

tare — e la controversia appare gravissima — se essa debba considerarsi come contraria al diritto, oppure a questo estranea. E qui appare, in tutta la sua pratica importanza, la differenza che intercede fra il nostro modo di concepire l'interregno e quello che sin qui può dirsi incontrastato. Secondo l'opinione comune, la risoluzione della crisi sarebbe in tutto il suo procedimento perfettamente giuridica, nel senso che si svolgerebbe secondo il diritto vigente. Donde il corollario che questo dovrebbe rimanere immutato tranne nel punto che è necessità mutare: ad un sovrano dovrebbe sostituirsene un altro, ma non sarebbe concesso andare più in là e innovare le basi della costituzione: ciò eccederebbe la competenza e del Governo provvisorio e di coloro che sono chiamati all'elezione di un nuovo monarca. Secondo, invece, l'opinione che si è sostenuta, durante la crisi dell'interregno, tutta quanta la parte del diritto costituzionale che si riferisce all'organizzazione dello Stato viene, per dir così, paralizzata e priva di efficacia: viene difatti a mancare un organo, senza il cui concorso nessun altro è in grado di funzionare, in modo che tutti possono considerarsi come venuti meno. Se ciò è esatto, se è altresì esatto che una soluzione giuridica manca e che tutto dovrà procedere secondo le esigenze dell'opportunità e della necessità, nulla vieta di ammettere che, non essendo possibile o conveniente procedere all'elezione di un nuovo sovrano, mancando, per esempio, una famiglia che possa essere designata per la successione al trono, si cambi addirittura la forma di Governo. Ciò non sembra che possa considerarsi contrario ad un diritto che, giova ripeterlo, ha perduto ogni forza per quanto si riferisce all'organizzazione costituzionale. Siffatta conclusione se, da un lato, appare una legittima conseguenza delle idee che sull'interregno si sono esposte, dall'altro lato serve a confermarle; nel senso che, in modo del tutto pratico, dimostra ciò che già erasi sostenuto con argomenti teorici, che una soluzione giuridica della crisi non è ammissibile. Essa dovrebbe contenersi logicamente nei limiti cui si è accennato: ed invece può essere

necessario non osservarli, come nel caso dianzi fatto che non si trovi una nuova famiglia da assumere al trono. Il diritto è forza benefica che è desiderabile entri a regolare il maggior numero di rapporti e di azioni che è possibile; ma non si può pretendere che esso dia ciò che non può dare, che sia soluzione a tutte le controversie e rimedio a tutti i mali.

31. Un altro caso d'instaurazione di un ordinamento che non può considerarsi né legittima né illegittima, è il seguente, delicatissimo. Suppongasi che un movimento contrario al diritto abbia distrutto l'ordinamento vigente, senza che sia riuscito a stabilirne uno nuovo, in modo che si abbia un periodo di anarchia. Suppongasi inoltre che, per opera di elementi estranei a quelli che furono causa di tale distruzione si riesca in seguito a ricondurre l'ordine e ad instaurare un Governo, che non sia l'antico: dovrà siffatta instaurazione dirsi illegittima?

Non pare, o, più correttamente, è a distinguersi se il primo Governo sia venuto meno in modo tale da non potersi più pensare al suo ristabilimento; se il periodo di anarchia seguitone non sia stato tale da rompere ogni legame di continuità fra il vecchio e il nuovo regime, nel senso che la legittimità o l'illegittimità di quest'ultimo non possa più considerarsi alla stregua del primo, definitivamente cessato. È, come si vede, una questione di fatto, che non può risolversi con criteri generali; ove però l'ipotesi accennata si verifichi, e si abbia, cioè, l'instaurazione di un nuovo ordinamento per possibilità di restaurare il primo, e non per opera degli autori del movimento che si iniziò contrario al diritto, allora si avrà un'instaurazione che non potrà considerarsi illegittima, né obbiettivamente né subbiettivamente.

È infine da accennarsi al caso che uno Stato di nuova fondazione già esista come tale ma non sia stato ancora stabilito il suo Governo. Ne sarebbe esempio il tentativo di fondazione di un impero tedesco negli anni 1848 e 1849, per

quanto sia molto controverso se uno Stato allora si avesse. Comunque sia, per questo caso, astrattamente concepibile, potrebbero ripetersi tutte quelle considerazioni che si sono fatte per le figure d'interregno che si è avuto occasione di esaminare. Già altri ([30]), con fini opposti e da diverso punto di vista, ne aveva notato le analogie, pur non trascurando le sostanziali differenze che al nostro esame non interessano affatto.

II. - La legittimazione della instaurazione di fatto: suo fondamento giuridico.

Sommario: 32. Teorie che escludono la possibilità di una legittimazione: teoria del legittimismo. — 33. Modificazioni e infiltrazioni recenti della dottrina del legittimismo. — 34. La dottrina della sovranità popolare inalienabile. — 35. Dottrina che crede legittimi solo gli Stati nazionali. — 36. Dottrina che crede legittimi solo i Governi liberi. — 37. Sguardo complessivo a tali dottrine. — 38. Modo di porre il problema della legittimazione negli scrittori meno recenti. — 39. Teoria della legittimazione per prescrizione. — 40. Sua critica. — 41. Legittimazione per rinuncia del sovrano spodestato; — 42. o per rinuncia di diritto internazionale. — 43. Legittimazione per volontà del popolo; diverse gradazioni di tale teorica: il popolo contrapposto allo Stato. — 44. Il popolo concepito come organo dello Stato: carattere dei plebisciti. — 45. La volontà del popolo come espressione della coscienza giuridica generale. — 46. Legittimità di ogni Stato o Governo che effettivamente esista. — 47. Distinzione di tale teorica da altre affini. — 48. Legittimo è l'ordinamento che ha non solo vita attuale, ma anche vitalità. — 49. Limitazione dei risultati ottenuti al diritto costituzionale: diversa posizione del problema nel diritto internazionale.

32. Per legittimazione, ai fini dell'attuale ricerca, è da intendersi il divenire conforme al diritto di ciò che prima era a questo contrario o estraneo. È, anzitutto, da indagare il

---

([30]) Triepel, *op. cit.*, 8.

modo con cui tale legittimazione può avvenire e quale natura giuridica è ad essa da attribuirsi: se ne vedranno in seguito quali conseguenze ne derivano rispetto ai vari momenti della vita statuale.

Non sarà intanto inutile una rassegna preliminare delle varie dottrine che, in modo più o meno indiretto, possono interessare l'esame che è qui da compiersi. Esse possono dividersi in due categorie secondo che escludano o ammettano la possibilità di una legittimazione ([31]). Le prime sono a ridursi in sostanza a due ([32]), alle quali si potrebbe anche fare a meno di accennare, trattandosi di dottrine rese oramai viete dal dominio quasi incontrastato di opposti princìpi nel campo del diritto pubblico moderno. Sono queste le teoriche del cosiddetto legittimismo e della sovranità popolare inalienabile che, pur sorgendo in stridente antitesi, avuto riguardo alle finalità politiche cui tendono, presentano, dal punto di vista giuridico, delle affinità curiosissime e interessanti, anche perché ai fautori dell'una possono mostrare a quali conseguenze conducono i medesimi princìpi erronei che si mettono altresì ai servizi dell'altra. Imperocché è su uno stesso equivoco fondamentale che le due teoriche poggiano: quello di trasportare il subbietto della sovranità dello Stato in uno dei suoi elementi: il popolo o il principe. Si comprende come da queste vedute è facile trarre la conseguenza che lo Stato non può giuridicamente spogliare questi subbietti dei loro diritti e, tanto meno, legittimare una simile spogliazione che fosse avvenuta per mezzo di altri. Specie per la teoria del legittimismo la formulazione di tale principio è stata fatta così rigorosamente da far acquistare alla teoria medesima un carattere di giuridicità che, al momento in cui sorse, per

---

([31]) Cfr. Brie, *Die Legitimation einer usurpirten Staatsgewalt*, cit., 13.

([32]) Il Brie, *op. ult. cit.*, 13, crede che rientri in questa categoria anche la cosiddetta teoria del possesso, che, invece, sembra debba valutarsi alquanto diversamente.

giustificare — com'è noto — la restaurazione dei Borboni ventun'anni dopo la loro caduta, certo non avea, preferendo essa allora di confondersi con l'idea teocratica. Ma, per opera dei giuristi, le è stato dato un fondamento che, a prima vista, si presenta abbastanza logico: i diritti del monarca, si dice, debbono avere la medesima protezione che tutti i diritti bene acquistati; lo Stato non può mutare il suo ordinamento, se non rispettando i diritti quesiti; a tale rispetto non può venir meno, perché esso è nell'essenza del suo compito ([33]). È appena necessario rilevare che il vizio di tale formulazione risiede nel considerare come diritto quesito, alla medesima stregua dei diritti patrimoniali, ciò che non può avere se non la consistenza di un diritto politico, il quale, essendo un riflesso immediato dell'ordinamento statuale, è necessità che di questo segua e subisca tutte le modificazioni, senza che, invertendo le parti, si possa dire che è l'ordinamento statuale che, per siffatte modificazioni, trovi un limite nei diritti politici.

33. Senonché, a questo punto, dovrebbe farsi qualche parola di sottili teoriche tedesche, le quali, pur differenziandosi sostanzialmente da quelle legittimiste, vi si ricollegano da parecchi punti di vista. Mentre la dottrina italiana si può dire concorde nell'attribuire al capo dello Stato la qualità di organo, ai suoi diritti il carattere di diritto ad una partecipazione nell'organizzazione e, per conseguenza, di diritti politici, la dottrina tedesca, che si può dire prevalente, ritiene che ad esso spetti una posizione ben diversa. Pur riconoscendo che subbietto della sovranità sia lo Stato, si afferma che rivestito di questa sovranità statuale sia il principe, in virtù di un proprio diritto. Non già che egli si identifichi con lo Stato, ma lo Stato deve essere concepito in strettissima

---

([33]) Cfr. Meyer O., *Einleitung in das d. Staatsrecht*, Rostock, 1861, 234-236. Un esame delle teoriche che vi si ricollegano cfr. in Brockhaus, *Das Legitimitätsprincip*, Leipzig, 1868, specialmente 233 ss.

connessione con lui, la posizione del quale resterebbe caratterizzata da ciò che in esso l'astratta personalità del primo troverebbe la sua manifestazione concreta. Il sovrano, pur non avendo tale qualità come individuo, ma come capo dello Stato, non sarebbe di quest'ultimo organo: egli non eserciterebbe un potere altrui, ma un potere proprio ([34]). Si comprende come da ciò sia facile dedurre delle conseguenze che si avvicinino di molto a quelle del legittimismo. Del diritto del principe si fa qualche cosa di così immanente all'ordinamento statuale, cui, pur nondimeno, non resta affatto subordinato, da far quasi apparire più logica la teorica di chi, portando tali princìpi alle loro ultime conseguenze, ha concepito lo Stato, non come subbietto della sovranità, ma come obbietto del sovrano. Teorica questa che, nonostante il rispetto dovuto all'insigne giurista che la difende ([35]), ben può considerarsi come una dimostrazione per assurdo dell'inammissibilità dei princìpi che sono le sue premesse.

34. Intanto, dall'altra parte, con intendimenti tanto diversi, ma si direbbe quasi per fornire la prova che gli estremi si toccano, le teoriche che si riannodano a quelle della sovranità popolare pervengono pure all'affermazione del principio che solo conforme al diritto è l'instaurazione di un ordinamento che su tale sovranità si fondi, che qualsiasi altra è invece al diritto contraria e non può in nessun caso ricevere una legittimazione. Proprio come il legittimismo, considerando il vertice, anziché la base della piramide, negava, almeno implicitamente la giuridicità di una forma di Governo che non fosse la monarchica ed ai diritti di un dato monarca attribuiva i caratteri di una intangibilità, che, né per spodestamento né per mutata coscienza popolare né per necessità statuale sa-

---

([34]) Cfr. per tali concetti MEYER O., *op. cit.*

([35]) SEYDEL, *Bayerisch Staatsrecht*, I, 352 ss.; su di esso e i suoi seguaci, cfr., per ultimo, JELLINEK, *Das Recht des modernen Staates*, cit., 246 ss.

rebbe potuta venir meno. Non è — com'è naturale — della dottrina della sovranità popolare nella sua purezza e nelle deduzioni trattene dai rivoluzionari dell'89, che occorre qui occuparsi: solo importa fare un cenno delle sue infiltrazioni, ci si passi la parola, che più toccano il presente argomento e costituiscono dei princìpi la cui eco dura tuttavia.

35. Specialmente son due dottrine che giova ricordare: l'una di esse conduce a proclamare l'illegittimità assoluta ed insanabile della formazione di dati Stati; l'altra dell'instaurazione di alcuni Governi.

La prima, che ebbe una speciale importanza per l'Italia, a causa delle sue condizioni politiche, e vi trovò numerosi e forti sostenitori, si fonda sul principio della nazionalità ([36]). Solo legittimo sarebbe quello Stato che è un'emanazione di siffatto principio; gli altri, che non lo riconoscono, debbono per ciò stesso considerarsi come posti fuori del diritto; lecito, per conseguenza, ogni movimento diretto a metterli sull'unica base giuridicamente ammissibile. Parecchie idee che possono dirsi le idee madri di queste, perché ne costituiscono gli antecedenti non solo logici, ma anche storici, si modificarono più o meno lievemente per riconoscerle e consacrarle: basti ricordare la teorica che, almeno dal punto di vista giuridico, rappresenta un accozzo, ibrido e non cementato, di concetti diversi, della cosiddetta sovranità nazionale, che, per qualche tempo, accennò a sostituirsi a quella della sovranità popolare. Esempio tipico e degno di studio del come, ove non si tengano accuratamente d'occhio i loro caratteri distintivi, sia facile svisare le categorie e le figure giuridiche, impropriandole con le altre che possono essere per se stesse giuste e consistenti, ma non riducibili alle prime, perché facenti capo a ben diversa

---

([36]) Per un esame dei rapporti fra il principio di nazionalità e la legittimità dello Stato, cfr. MICELI, *Stato e Nazione*, Firenze, 1890; *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1899, 82 ss. Vedi anche BURGESS, *Political science and comparative constitutional law*, I, Boston, 1898, 1 ss.

ideologia. Qualunque sia il valore che, politicamente ed eticamente parlando, sia da attribuirsi al principio della nazionalità, egli è certo che quando di essa si voglia fare un principio che costituisca un regolatore supremo ed assoluto della legittimità degli Stati, si cade nell'errore fondamentale, di cui nelle pagine precedenti si è fatta parola, di ammettere l'esistenza di un diritto che trascenda e domini quello positivo di un singolo Stato; su quali equivoci e su quale sconoscenza di tecnica tale errore si fondi si è cercato a suo luogo di mettere in luce, per quanto con necessaria brevità: in modo che adesso basta il rilevarlo semplicemente.

36. E dal medesimo punto di vista è facile aver ragione delle altre teoriche che, con gradazioni diverse, ma con unico intendimento, sostengono che solo le forme di Governo libere possono considerarsi legittime e negano che le altre, comunque e dovunque funzionanti, abbiano il carattere della giuridicità. Dottrinarismo politico di cui la scienza costituzionale nella sua prima fase è stata tutta penetrata, anche nel suo elemento strettamente giuridico. Basti pensare a note e diffusissime definizioni del diritto costituzionale, nella cui formulazione è più o meno esplicita l'idea che esso studia soltanto gli ordinamenti liberi, quasi che gli altri non fossero suscettibili di tale studio.

37. Senza che le teoriche cui si è accennato sopra si siano in modo diretto occupate del problema della legittimazione che forma argomento del presente studio, esse si fondano su princìpi che, in molti casi, escludono la possiblità che il problema medesimo venga posto. Tale possibilità resta esclusa in doppio modo, che è bene mettere in vista. Da un lato, si ritiene che non sia e non possa divenire conforme al diritto uno Stato che non sia nazionale o un Governo che non sia libero; dall'altro, implicitamente o esplicitamente, si afferma che la formazione di uno Stato nazionale che venga a sostituirsi ad uno Stato che disconosceva il principio della nazionalità,

e l'instaurazione di un Governo libero che segua alla caduta di un Governo dispotico, non abbiano bisogno di legittimazione; esse, lungi dal potersi considerare, sia pure al loro momento iniziale, contrarie al diritto, costituiscono l'affermazione e la reintegrazione del diritto sconosciuto e violato. Come si vede, tali idee si ricollegano intimamente alle altre, delle quali talvolta sono ulteriori sviluppi, per cui l'instaurazione di un nuovo ordinamento che segua per opera di popolo si tende di regola a considerare come un'instaurazione di diritto. Vale in conseguenza per l'attuale esame tutto ciò che si è detto precedentemente in ordine a tale tendenza.

38. E, dopo ciò, non sarà inutile un cenno ugualmente rapido e sommario delle altre teoriche che si pongono il problema della legittimazione e lo risolvono in vari modi. È però da rilevare che esse si preoccupano solo del caso che uno Stato o un Governo sia sorto in modo contrario al diritto, del caso, per ripetere la loro espressione usuale, che una potestà sovrana sia stata usurpata, non già del caso che un ordinamento venga a stabilirsi in modo né conforme né contrario al diritto. Il disgiungere questi due aspetti di una questione che sembra doversi considerare unica è stata la causa per cui tali teoriche generalmente partono da punti di vista che non paiono i più propri. Mentre, come si vedrà in seguito, è dalla considerazione del modo con cui il secondo caso deve risolversi, che possono trarsi i criteri più diretti anche per la risoluzione del primo, un procedimento diverso porta a vedute manchevoli e unilaterali. Il concetto, da cui si è partiti e a cui tutti gli altri si sono fatti far capo, è stato quello dell'usurpazione, inteso molte volte in quel modo cui s'è fatto altrove cenno, cioè di un atto che leda diritti subbiettivi. E non si è pensato che questo non era che un aspetto accessorio di un problema molto più vasto, che dovea esaminare, soprattutto, le conseguenze che certi mutamenti costituzionali portano al diritto, obbiettivamente considerato, dello Stato. Il non aver cercato questo punto fondamentale e l'aver piuttosto esaminato

solo il rapporto angusto di due subbietti, sia pure uno di questi costituito dallo Stato, è la causa per cui il più delle volte si è potuto erroneamente trasportare in tale disamina criteri di puro diritto privato.

39. Fra questi meritano di essere anzitutto menzionati quelli che fanno capo all'istituto della prescrizione. Sia per il carattere patrimoniale che, avanti il sorgere dello Stato moderno, si attribuiva in maggiore o minor grado ai diritti di sovranità, sia per la tendenza di cui si è fatta parola di estendere oltre il naturale loro campo di applicazione istituti privatistici, dovea sorgere quasi spontaneo il concetto che dal decorso del tempo potesse derivare la legittimazione di uno Stato o di un Governo. Ed è così che giuristi antichi come il Bodin (37), romanisti come il Savigny (38), filosofi come lo Stahl (39), costituzionalisti come il Bluntschli (40), internazionalisti come il Phillimore (41), tutti, pur partendo da diversi punti di vista e differendo nei particolari, si accordano nell'idea che l'instaurazione di un nuovo ordinamento non possa sottrarsi alla regola per cui i rapporti giuridici dubbi o vacillanti acquistano consistenza se, per un certo periodo di tempo, continuano regolarmente in vita. Gli uni si riferiscono addirittura al concetto romano dell'immemorabile (42), altri si fondano su esempi storici (43), altri ancora risalgono a princìpi più razionali e rilevano che la mutazione di uno stato di fatto in uno stato di diritto è resa necessaria nel campo del diritto pubblico per la consacrazione che il primo può ricevere dalla coscienza popolare (44). A tutte queste dottrine, anche quando

---

(37) *De republica*, II, Parigi, 1586, 5.

(38) *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it. di Scialoja V., Torino, 1886, IV, 556 ss).

(39) *Die Philosophie d. Rechts* [3], II, Heidelberg, 1854-56, 405 ss.

(40) *Allgemeines Staatsfrecht*, cit., I, 23; II, 61.

(41) *Commentaries upon international Law*, I, London, 1854, 270.

(42) Il Bodin, *lc. cit.*, richiama espressamente la l. 3 § 4, D. 43, 20.

(43) Savigny, *lc. cit.*

(44) Bluntschli, *lc. ult. cit.*

non accennano, come l'ultima che si è ricordata, a mutarsi in altre di cui sarà fatta a momenti parola, è comune il concetto che è l'istituto della prescrizione che in tale campo ricorre analogamente che nel diritto privato.

40. Contro tali vedute non è difficile osservare che esse si fondano su un equivoco sostanziale. Prescrizione implica soltanto perdita o acquisto di diritti subbiettivi. Nel caso nostro invece si ha, innanzi tutto e principalmente, la creazione di un nuovo ordine di cose, e perciò la formazione di un nuovo diritto obbiettivo. Ora tale effetto eccede la sfera di efficacia che può consentirsi all'istituto che qui si vorrebbe applicare, comunque largamente concepito. Quando il decorso del tempo, col concorso di altri elementi cui non importa accennare, stabilisce nuove norme di diritto, può parlarsi di consuetudine, non già di prescrizione. Come a suo luogo si vedrà, nemmeno alla prima può farsi richiamo nella materia di cui si tratta; ma resta assodato che, *a fortiori*, è da escludersi la seconda: questa opera secondo le leggi, ma non può certo modificarle o abrogarle. E una folla di altri argomenti potrebbe farsi ed anche si è fatta valere ([45]). La prescrizione presuppone la personalità di colui che ne usufruisce, nel caso nostro, invece, essa la creerebbe, nel senso che ciò che prima poteva considerarsi come Stato acquisterebbe tale qualità. Inoltre, la prescrizione è un istituto che non trova luogo per tutti i diritti ed è regola elementare che per analogia non può estendersi: se ciò è vero nel campo del diritto privato, a maggior ragione sarà vero per il diritto pubblico, che non la riconosce che in casi affatto eccezionali. Ancora: essa si fonda sul presupposto che il subbietto contro cui decorre possa evitarla facendo valere il suo diritto disconosciuto: il che in rapporti come quelli di cui qui si tratta è praticamente impossibile. Si aggiunga che, molte volte, per effetto della instaurazione illegittima è lo stesso

---

([45]) Cfr. Brie, *op. ult. cit.*, 38 s.; Brockhaus, *op. cit.*, 245 ss.

subbietto cui il diritto si riferisce che vien meno, senza che il diritto medesimo sia trasmesso ad altri, come nel caso della estinzione di uno Stato che non faccia parte di una federazione o su cui altri Stati non abbiano diritti di protettorato. Infine, è da osservarsi che, se dei vari aspetti che la prescrizione può assumere, si ricorre, come al meno improprio, al cosiddetto immemorabile, si va incontro a delle altre difficoltà: questo si fonda sulla presunzione che il diritto cui fa acquistare consistenza abbia avuto origine legittima; siffatta presunzione non potrebbe, com'è naturale, trovar luogo, riguardo allo Stato.

41. Un'altra teorica, che, da certi punti di vista, può dirsi suggerita da criteri di diritto privato, sebbene negli ulteriori suoi sviluppi si sia informata alle esigenze del diritto pubblico, sarebbe quella per cui la legittimazione potrebbe essere effetto della rinuncia da parte di chi avrebbe diritti contrari al nuovo Stato o Governo ([46]). Sono vari i modi con cui tale rinuncia può concepirsi, in modo che essa è suscettibile di acquistare figure giuridiche molto diverse. In primo luogo essa può venire in considerazione — ed è il suo aspetto, per dir così, originario — nei rapporti fra il principe spodestato e il principe usurpatore; rapporto che, esplicitamente e da giuristi piuttosto recenti ([47]), si ama qualificare di diritto privato. Come un tale atto debba considerarsi, dal punto di vista giuridico, privo di qualsiasi efficacia è appena necessario rilevare. Far dipendere la legittimità o meno di un ordinamento costituzionale, delle numerose leggi che vi si ricollegano, dei diritti e dei doveri che vi si fondano, da un negozio di diritto privato è cosa che profondamente contraddice ai princìpi più saldi del diritto pubblico moderno, che solo in se stesso, nelle sue norme, non già in atti che

---

([46]) Su di essa, cfr. Brockhaus, *op. cit.*, 269 s.

([47]) Zachariae, *Deutsches Staats-und Bundesrecht* [3], I, Gottinga, 1841, 78 s.

nemmeno si saprebbe da quale diritto potrebbero esser regolati, deve rinvenire il fondamento della sua efficacia. Sotto un secondo aspetto, di rinuncia potrebbe parlarsi, molto meno impropriamente, per designare qualche cosa di simile all'abdicazione, compiuta però dopo che, di fatto, il principe abbia perduto il potere. Che anche tale atto debba considerarsi giuridicamente irrilevante risulta da argomenti abbastanza ovvi. Ritenere il contrario importa attribuire ai diritti dinastici quella figura di diritti acquisiti immodificabili dall'ordinamento statuale, cui sopra si è accennato per respingerla, anche quando assume atteggiamenti meno recisi di quelli ad essa attribuiti dai princìpi puri del legittimismo. E infatti, a tale rinuncia non può riconoscersi certamente efficacia, quando la si concepisce come atto compiuto dal sovrano, in tale sua qualità. Se questa qualità — sia pure illegittimamente — esso più non possiede, il che vuol dire se dell'organizzazione dello Stato esso più non fa parte, il suo atto non può, perciò stesso, esser riconosciuto dal diritto pubblico di quest'ultimo. Questo non può contraddirsi e rinnegare se stesso, riconoscendo la sua illegittimità nel momento stesso in cui attribuisce efficacia alla rinuncia da cui la legittimità medesima sorgerebbe. Un atto può produrre effetti di diritto pubblico sol quando quest'ultimo è in grado di regolarlo; ma non si possono rovesciare le parti e attribuire al primo la forza di riconoscere e legittimare il secondo. Perchè la rinuncia del sovrano possa produrre effetti giuridici, è necessario presupporre che il nuovo ordinamento venga a sua volta distrutto, che sia per un momento ripristinato l'antico, per dare agio al principe di riprendere il possesso della sua qualità e poter compiere un atto che a tale possesso si ricollega, in modo che si possa, col suo consenso e secondo le norme dell'ordinamento medesimo, dar vita giuridica al nuovo regime. Se ciò — che è evidentemente richiesto dalle esigenze della logica — non avviene, la rinuncia non può aver alcun valore, giacché non si può fingere esistente, mentre di fatto non è, quel diritto solo nel quale

essa trovava posto, da cui veniva regolata e riconosciuta come un istituto a sé: l'abdicazione. Che se poi non questa figura le si vuole attribuire, ma quella di un atto che il sovrano compirebbe, come cittadino, relativamente a diritti che attengono a tale sua qualità, si potrebbe ripetere le considerazioni che sopra si sono fatte, per rilevare che da un negozio giuridico privato non possono discendere conseguenze da cui dipenderebbe la legittimità o meno di un ordinamento, l'esistenza o meno di un intero sistema di diritto pubblico.

42. Resterebbe un ultimo senso, molto diverso dai precedenti, in cui potrebbe parlarsi di rinuncia. Questa non avrebbe più luogo nei rapporti fra il principe spodestato e il principe usurpatore, nemmeno nei rapporti fra il primo e lo Stato, ma nei rapporti fra Stato e Stato. Siamo così nel campo del diritto internazionale. Bisogna però distinguere due aspetti sostanzialmente differenti della questione. La legittimità o meno di un ordinamento può considerarsi rispetto ai sudditi, per quanto concerne la vita, diciamo così, interna dello Stato, in modo che i princìpi cui bisogna far capo ponendosi da tale punto di vista, sono essenzialmente di diritto costituzionale. La legittimità medesima invece può considerarsi riguardo ad un altro Stato, contro il cui diritto la instaurazione del nuovo ordinamento sia avvenuta, o perché abbia avuto luogo la formazione di uno Stato nuovo con elementi, specie territoriali, del primo, o perché si sia rotto, ad esempio, un vincolo federativo che con quest'ultimo si aveva. In tal caso la controversia rientra nel dominio del diritto internazionale e deve risolversi con i princìpi propri di questo ultimo. Il presente studio deve prescindere da questo secondo lato della questione; esso vuole essere di puro diritto costituzionale. In modo che l'unico punto da indagare è se la legittimazione che avvenga nei rapporti con uno Stato straniero, mediante la rinuncia da parte di quest'ultimo dei suoi diritti, possa influire sulla legittimazione dello Stato o del Governo, nelle relazioni interne. La risposta negativa non può

essere dubbia. Ciò deve ritenersi sia dal punto di vista del diritto costituzionale, che non può ritrarre che da se stesso l'efficacia delle proprie norme, tutte le volte che queste debbono venire a regolare rapporti di sudditanza, sia dal punto di vista del diritto internazionale. Ed invero: rinuncia di uno Stato ai propri diritti equivale ad un contemporaneo riconoscimento dello Stato, a cui favore la rinuncia avviene. Ora per un principio elementarissimo, il riconoscimento internazionale di uno Stato si fonda sulla presunzione che nei rapporti interni la podestà di quest'ultimo sia effettiva e legittima. Il che serve a dimostrare che la rinuncia di cui è parola, lungi dal produrre una legittimazione, la presuppone.

43. Da criteri molto diversi parte la teorica abbastanza diffusa per cui la legittimazione deriverebbe dalla volontà del popolo ([48]). Anche tale riconoscimento da parte di questo ultimo è suscettibile di essere interpretato in vari sensi, sebbene di esso si parli per solito in modo affatto generico e senza specificazione della categoria giuridica in cui rientrerebbe. Eppure le differenze che intercedono fra l'uno e l'altro dei sensi cui s'è accennato sono profonde e sostanziali. Il riconoscimento può in primo luogo concepirsi come un atto di volontà, espresso o tacito, che emani da un subbietto determinato, come un vero e proprio atto giuridico cui si riconnettano conseguenze precisate e da esso medesimo e dal diritto obbiettivo. Che tale figura non possa in nessun modo sorgere nella materia di cui è parola risulta chiaro ove per poco si convenga nell'idea che il popolo, *ut sic*, concepito distinto dallo Stato e da ogni sua organizzazione politica, non può considerarsi dotato di personalità e, quindi, di volontà e capacità giuridica. Ogni veduta contraria si fonda su quel concetto di contrapposizione fra Stato e popolo, fra il diritto

---

([48]) Cfr. Locke, *Two treatises of governement*, London, 1860, cap. 17 e 18; Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, I, Parigi, 1862, 7 s.; Sismondi, *Études sur les constitutions des peuples libres*, Bruxelles, 1836, 302; ecc.

del primo e il diritto del secondo che si è visto ricorrere a proposito di altre teoriche analoghe. Giacché, in fin dei conti, ove il riconoscimento popolare venga così concepito, la sua efficacia deriverebbe da quel medesimo fondamento per cui — come a suo luogo si è rilevato — i rivolgimenti costituzionali che dal popolo emanino dovrebbero senz'altro ritenersi legittimi. Legittimi sin da principio dovrebbero dirsi quelli che siano sua opera diretta, gli atti acquisterebbero la legittimità mediante il suo riconoscimento che li fa considerare quasi come compiuti da esso medesimo. Ricondotti così tali concetti ad altri che furono sopra non brevemente esaminati e dimostrati inammissibili, sembra superfluo mettere in evidenza gli ulteriori sviluppi che di essi talvolta si trovano presso qualche scrittore. Mentre, di regola, i francesi tendono ad attribuire efficacia sconfinata all'intervento e al riconoscimento del popolo, in qualunque modo e in qualunque occasione si abbia ([49]), presso gli scrittori tedeschi, un'analisi più o meno fine è venuta specificando queste vedute generalissime, venendo spesso alla conclusione che di riconoscimento popolare giuridicamente efficace è solo a parlarsi in alcuni casi ([50]). Ma, ad ogni modo, rinnegate le premesse, non franca la spesa discutere sulle conseguenze che dalle prime si traggono, nonché sui criteri che, talvolta, vengono designati come quelli da cui sarebbe a desumersi la volontà del popolo: l'ubbidienza da lungo tempo prestata, la pacifica trasmissione della corona e così via.

44. Piuttosto è da accennare ad un ben diverso fondamento che all'efficacia giuridica del riconoscimento popolare si potrebbe esser tentati di attribuire. Il popolo non verrebbe più in considerazione come un subbietto distinto dallo Stato e a questo contrapponentesi, ma come una specie di organo dello Stato medesimo, che agirebbe ed esprimerebbe la sua

---

([49]) Vedi gli autori sopra citati.

([50]) Cfr. Rotteck, *Legitimität*, in *Staatslexicon*, VIII, 476 s.

volontà in nome di quest'ultimo. Veramente tale dottrina non è stata mai sostenuta né sembra che possa considerarsi come una sua derivazione il concetto molto frequente per cui il popolo potrebbe manifestare il suo riconoscimento non solo in modo diretto, ma anche per mezzo dei suoi rappresentanti: è noto di fatto come quest'ultimi non siano stati dalla dottrina fino a ieri dominante concepiti come organi statuali. Ma, ad ogni modo, la figura di una legittimazione che così si compirebbe è inammissibile almeno come una figura giuridica generale: può darsi che questo o quel diritto positivo, in occasione dell'instaurazione di un nuovo ordinamento, richiegga l'intervento del popolo che si pronunci, sia per mezzo di plebisciti, sia per il tramite indiretto di un'elezione al parlamento e così via. Ma si tratterebbe in tal caso di un istituto che non interessa almeno per ora l'esame attuale, giacché non della legittimità di un singolo istituto è qui controversia, ma della legittimità dell'intero diritto cui tale istituto si ricollega, legittimità che quest'ultimo, lungi dal produrre, presuppone. Si potrebbe in verità obbiettare che talvolta in pratica avviene che l'instaurazione di un nuovo regime si faccia dipendere dall'esito favorevole, per esempio, di un plebiscito. L'obbiezione sarebbe però vana: quest'ultimo non può considerarsi come il *fondamento* giuridico della legittimità dell'instaurazione medesima, ma come una autolimitazione, una *condizione* che l'ordinamento giuridico pone a se stesso. La differenza che intercede fra i due concetti è sostanziale. Per riconoscere validità ad una condizione, è necessario logicamente che sia riconosciuta validità al diritto che l'impone: ove la condizione non si avveri, non si ha uno Stato o un Governo che legittimamente non siano mai esistiti, ma uno Stato e un Governo che legittimamente esistettero e che vengono meno. Ove altrimenti si concepisca, la figura così delicata e in genere così poco ben valutata del plebiscito popolare assume un aspetto affatto improprio. Esso è un atto dal quale dipende la continuazione o la cessazione dell'ordinamento politico cui si riferisce; ma, ordinato e re-

golato, com'è, da quest'ultimo e dal diritto che vi si riconnette, non può considerarsi, dal punto di vista giuridico, né come un atto che crei l'ordinamento medesimo, né come un atto che lo riconosca, nel senso vero e proprio della parola. È la solita inversione di parti che nella frequente veduta contraria, come in molte altre, ricorre: è lo Stato, che già esiste legittimamente per conto suo, che riconosce il plebiscito e vi attribuisce effetti così importanti, non il plebiscito che riconosce lo Stato. E lo stesso potrebbe dirsi, come è naturale, di tutte le altre forme, regolate dal diritto positivo, con cui la volontà popolare spiega un'influenza sulla consolidazione, ci si passi la frase, di un nuovo ordinamento. È un'influenza che potrebbe dirsi sussidiaria e che, ad ogni modo, non può essere presa in considerazione a proposito del problema di cui qui si tratta e al quale rimane perfettamente estranea. Essa — è lecito concludere — non può in nessun caso considerarsi come una legittimazione, nel senso tecnico che alla parola è da attribuirsi.

45. E infine del riconoscimento popolare può farsi parola con vedute affatto diverse da quelle accennate, con intendimenti cioè — giova rilevarlo a tutta prima — più filosofici che giuridici. Prendendo le mosse da quegli indefiniti, ma, a quel che sembra, non erronei postulati della scuola storica che a tutti son noti, si potrebbe cercare la legittimazione di uno Stato o di un Governo nella volontà popolare, nel medesimo senso in cui si dice che sulla coscienza popolare tutto il diritto riposi ([51]). Tale concetto non sarebbe da per se stesso inesatto; inesatto sarebbe contentarsi delle vaghe generalità cui esso accenna, senza cercare di approfondirlo e meglio svilupparlo, soprattutto mostrando i princìpi non filosofici, ma giuridici che vi si ricollegano. Quel che qui giova rilevare si è che, quando di riconoscimento in tal senso si parla, non

---

([51]) Così, ad esempio, il CONSTANT, *op. cit.*, II, 187: « *un peuple sait quand c'est un usurpateur qui le gouverne* ».

s'intende accennare ad un atto, ad un procedimento cosciente di un subbietto che sia fornito di capacità, di volontà suscettibile di produrre effetti dal diritto sanzionati, ma di un procedimento che può anche essere incosciente e che non è dal diritto regolato. In altri termini, non si tratta di un principio, di una norma, di un istituto giuridico, ma di un fenomeno sociale. Quel che importa a noi si è vedere per l'appunto il principio, la norma che si riconnette a tale fenomeno ed, eventualmente, anche ad altri che la scuola storica non ha sempre curato di mettere nella giusta luce.

46. Un concetto intanto si può dire che sia implicito e quasi latente in tutto il procedimento logico che ha guidato la parte critica dell'attuale esame: concetto che è bene formulare con esattezza, giacché esso dovrà servire anche per la parte ricostruttiva. La formazione di un nuovo Stato o di un nuovo Governo, in se stessa considerata ed isolata, diciamo così, dalla serie di fatti che la preparano e la costituiscono, importa necessariamente formazione di un nuovo diritto. Se uno Stato o un Governo effettivamente esiste, ciò vuol dire che esiste anche un diritto che vi si fonda e ne deriva: quest'ultimo è un elemento così essenziale del primo che l'uno non può nemmeno concepirsi staccato dall'altro. Se dell'esistenza del diritto si dubita, si dubita anche dell'esistenza dello Stato o del suo Governo. Questo assioma fondamentale, che costituisce un aspetto abbastanza ovvio dell'altro che riconosce la qualità e l'efficacia di diritto solo al diritto positivo e preclude la via alla ricerca di un altro diritto che trascenda e domini quest'ultimo, deve tenersi presente non solo quando la instaurazione del nuovo ordinamento costituzionale è avvenuta con un procedimento giuridico, ma anche quando ha avuto luogo con un semplice procedimento di fatto. È vero che il diritto si può evolvere dal diritto, per via di successive modificazioni ed estrinsecazioni, ma può anche avere una formazione, per dir così originaria, scaturire immediatamente da esigenze e da necessità della

vita sociale, che prima non esistevano o il cui regolamento non era prima giuridico, rappresentare in altri termini la trasformazione in diritto del fatto. Siffatta trasformazione è un fenomeno così comune in tutto l'ordine giuridico, che su di essa, considerata nella sua astrattezza, non occorre insistere: ricorre così nel campo del diritto privato come in quello del diritto pubblico ed è non solo lecita, ma, talvolta, anche protetta. Egli è che, come è stato da altri osservato ([52]), esiste una tendenza psicologica in questo senso, ben riconosciuta dal volgare aforisma *beati possidentes*. La teoria della prescrizione che, come si è visto, si è voluta trasportare in ciò che riguarda la legittimazione dello Stato o del Governo, un principio di vero contiene, in quanto che riconosce questa tendenza anche in tale materia. Soltanto essa equivoca, e di molto, nell'applicazione di siffatto principio, giacché suppone che quest'ultimo si estrinsechi e si faccia valere così come nel diritto privato. Invece si tratta di due categorie giuridiche che si riannodano ad un medesimo concetto, ma che differiscono sostanzialmente. Ed in vero, se un'analisi fosse qui consentito di intraprendere per mettere in luce e classificare i diversi modi con cui la trasformazione del fatto in diritto avviene, si compirebbe una ricerca interessantissima, dalla quale potrebbero essere dissipati non pochi e non lievi equivoci. Per limitarci a quel che interessa direttamente l'indagine attuale, occorre rilevare soltanto due dei modi in cui tale trasformazione può aver luogo. Il primo di essi richiede un decorso di tempo tra lo stabilirsi o l'affermarsi del fatto e la sua, per dir così, consacrazione giuridica; l'altro invece fa a meno di ogni intervallo di tempo, per modo che il fatto si trasforma in diritto non appena esso è compiuto. Tale legittimazione simultanea è per l'appunto quella che ricorre quando si tratta dell'instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale. Che così debba essere, risulta dall'osservazione, altrettanto facile quanto comunemente tra-

---

([52]) JELLINEK, *Das Recht des modernen Staates*, cit., 309.

scurata, che, essendo lo Stato e l'organismo governamentale in cui esso si concreta la fonte del diritto, la loro esistenza implica che da essi un diritto scaturisca, non essendo materialmente possibile immaginare uno Stato e un Governo che, per un certo periodo di tempo, non siano in grado di produrre, per dir così, diritto; se questa capacità non hanno, vuol dire che ancora non esistono. Il decorso del tempo può esser necessario quando il fatto deve mutarsi in diritto per un elemento che ad esso venga ad aggiungersi dal mondo esteriore; non già quando ciò avviene per forza naturale del fatto stesso, anzi quando tale trasformazione si può dire che costituisca lo scopo essenziale per cui il fatto esiste.

Ed è così che la legittimazione di cui è parola si differenzia non solo dall'istituto della prescrizione, che produce ed estingue diritti soggettivi, ma altresì dalla consuetudine che, analogamente alla legittimazione medesima, produce diritto obbiettivo. Carattere distintivo della consuetudine è la sua formazione, che avviene per mezzo della ripetizione lunga, costante e conforme di determinati atti. Da ciò la conseguenza, spesso obliata, che essa non è l'unica fonte del diritto non scritto. Esiste altresì, come recentemente veniva osservato ([53]), « un diritto tacito, fondamentale, immediata emanazione delle forze sociali ordinate », che deriva « direttamente da quella necessità degli uomini e delle cose, che è la fonte prima del diritto », nel quale « il diritto che governa le leggi », e tutto il « diritto scritto ha la sua base ». Non sembra che sia opportuno designare il complesso di tali norme e di tali princìpi come consuetudini, appunto perché tradizionalmente ed anche logicamente a siffatta parola si riconnette l'idea di una *lunga* consuetudine. Meglio è distinguere senz'altro i due concetti ed ammettere la contemporanea esistenza di due fonti del diritto non scritto: la consuetudine e la necessità. Non è certamente qui il luogo di precisare gli

---

([53]) Scialoja V, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, in *Scritti in onore di F. Schupfer*, cit., 306.

estremi che a quest'ultima sono da assegnarsi perché possa assumere tale figura giuridica, di circoscrivere il suo campo di applicazione e determinarne i caratteri. Quel che importa è soltanto notare che un caso concreto in cui essa ricorre si rinviene per l'appunto nella cosiddetta legittimazione di uno Stato o di un Governo, che abbiano avuto un'origine di fatto. I contorni, anzi, tipici e assai bene rilevati, che in tal caso assume, servono a confermare meglio l'opportunità di non confonderla con diversi concetti.

47. Ciò posto, occorre mostrare come la teoria che si è brevemente delineata, si differenzi da altre, che a prima vista potrebbero sembrare in tutto identiche. Esiste — com'è noto — una dottrina che ha messo in luce, a proposito degli effetti della legittimazione dell'usurpazione, la coincidenza del diritto col possesso della sovranità statuale ([54]). Presso i suoi sostenitori, si rinvengono talvolta affermazioni e formulazioni di princìpi che potrebbero benissimo accettarsi da chi segua l'ordine di idee che si è qui svolto ([55]). Senonché, il dissenso comincia quando si rimonta alla giustificazione di siffatti princìpi e se ne ricerca il fondamento. Allora si trova che essi sono messi a servizio di teoriche non accettabili, in modo che il valore, certo non lieve, che posseggono è quello di felici intuizioni, il più delle volte falsate da erronei punti di vista. Così l'uno afferma, e giustamente, che legittimo è qualunque Stato che esiste di fatto, ma sciupa, per dir così, il principio, quando aggiunge che esso è fondato sulla ragione, la quale richiede soltanto che i singoli ad uno Stato appartengano, in modo che poco importa per quale avvenimento storico questo si sia formato ([56]). Peggio ancora, altri fanno capo alle note teorie dell'Hobbes e sostengono, puramente

---

([54]) Cfr. ZÖPFL, *Grundsätze des gemeinen d. Staatsrechts*, I, Leipzig u. Heidelberg, 1863, § 5, § 44; HELD, *Deutsches Verfassungsrecht*, 199 ss.

([55]) WHEATON, *Elements of international Law*, London, 1863, 36: « *it is a State because is exists* ».

([56]) Così lo ZÖPFL, *lc. cit.*

e crudamente, che per ogni supremazia fonte del diritto debba essere la forza. Altri, ancora, limitano l'efficacia del concetto ai rapporti di diritto internazionale o, facendo per converso salva ogni pretesa dell'usurpato verso l'usurpatore, sostengono che i sudditi debbono prestare obbedienza a qualsiasi supremazia, se questa è garantita dalla legge positiva e dai tribunali ([57]). Come si vede, la teorica del possesso, ché così può designarsi, astraendo dai particolari quella cui si è accennato, e l'altra, più filosofica che giuridica, la quale concepisce lo Stato come forza, contengono elementi esatti, che a torto si trascurerebbero; bisogna però sceverare tali elementi da altri che l'impropriano e soprattutto impostare giustamente le teoriche medesime, considerate complessivamente. Esse, così come stanno, si presentano quasi come glorificazioni della forza, non in quanto questa assume il valore e la legittimità del diritto, ma in quanto, anzi, è concepita in antitesi al diritto. È inesatto affermare che certi ordinamenti debbono rispettarsi, a certi poteri deve prestarsi ubbidienza, perché essi sono la forza che è talvolta necessario che vinca il diritto; bisogna, invece, mettere in luce che la legittimità dello Stato o del Governo dipende in tali casi da una trasformazione della forza in diritto, trasformazione della quale occorre rintracciare il fondamento non filosofico, né politico, ma giuridico.

Concludendo, dunque si può dire che il problema della legittimazione, di cui si sono precisati i termini, non consiste nel cercare in che modo un ordinamento costituzionale diventi conforme al diritto, ma nell'esaminare quando esso effettivamente esista: almeno nel senso che l'una disamina si confonde con l'altra e non può pervenire a risultati opposti. Ed è così che, ammesso l'accordo negli elementi astratti che debbono concorrere a formare la nozione di Stato o Governo, l'indagine sull'esistenza e, quindi, sulla legittimità di questi è un'indagine, più che giuridica, di fatto, da compiersi, volta

---

([57]) Zöpfl, *lc. cit.*

per volta, con criteri pratici desunti dal caso concreto. Su un elemento generale però importa insistere, perché esso serve a lumeggiare la teorica che si è delineata e, nello stesso tempo, a giustificarla maggiormente.

48. Tale criterio — che può anche dirsi un principio sostanziale ed importante — se è lecito usare un'espressione che trova la sua sede nel diritto privato, per indicare un concetto da un certo punto di vista analogo, può così formularsi: esistente e, per conseguenza, legittimo è solo quell'ordinamento cui non fa difetto non solo la vita attuale ma altresì la vitalità. Su quale base logica tale concetto riposi è appena necessario mostrare. La trasformazione del fatto in uno stato giuridico si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali. Il segno, esteriore se si vuole, ma sicuro che questa corrispondenza effettivamente esista, che non sia un'illusione o qualche cosa di artificialmente provocato, si rinviene nella suscettibilità del nuovo regime ad acquistare la stabilità, a perpetuarsi per un tempo indefinito. Solo allora potrà dirsi che nel nuovo Stato o nel nuovo Governo il complesso di bisogni e di norme che costituisce il nuovo diritto trovi il suo assetto. Finché ciò non avviene, si potranno avere supremazie che s'impongano con la forza, ordinamenti che sembrano, a reggitori improvvisati o a masse esaltate, costituiti e che invece non lo sono e forse anche non lo saranno mai, ma non nuovi Stati e nuovi Governi. Questi — e ciò è implicito nel loro stesso concetto — non possono essere passeggere creazioni che si formino e si disfacciano a capriccio di uomini: essi sono il risultato di innumerevoli forze e di procedimenti che hanno radici secolari nella storia. Quando, come comunemente avviene, si afferma che lo Stato è un'associazione necessaria, o, da tutti altri punti di vista, che esso è un organismo naturale, si hanno formulazioni più o meno esatte, messe o no a servizio di speciali dottrine, della verità accennata. Comunque sia, quel che è certo si è che bisogna distinguere la vera e propria in-

staurazione di un ordinamento costituzionale, da ciò che non può considerarsi che come semplice tentativo di tale instaurazione o come un atto preparatorio di essa. La capacità di trasformarsi in istituti giuridici non può riconoscersi se non a quelle forze che in sé abbiano l'idoneità di imporsi e di farsi valere, non con sopraffazioni momentanee, ma con la potenza regolata e continuata del diritto.

Nel principio che si è formulato sta altresì racchiuso quanto di vero si contiene nella teorica, di cui si è fatto cenno, che fa scaturire la legittimazione dalla volontà del popolo. Si è già detto che essa può ritenersi esatta tutte le volte che il popolo non venga in considerazione come un subbietto giuridico né il suo riconoscimento come un atto giuridico, ma soltanto quando la teoria medesima constata non un istituto di diritto, ma un fenomeno: in altri termini, quando le si attribuisce una portata filosofica o anche sociologica. A questo lato della dottrina ne corrisponde però un altro che è essenzialmente giuridico e che porta a richiedere nelle nuove istituzioni l'elemento della vitalità. Il giurista può fermarsi ad esso e non procedere ad ulteriori investigazioni: queste possono bensì essere compiute dal filosofo, il quale porrà in luce che vitale può essere solo quell'ordinamento che corrisponda alla coscienza generale o popolare, che dir si voglia, e che da questa trae il fondamento della sua giuridicità. In siffatta analisi si potrà anche continuare; così il politico come il sociologo ricercheranno da quali cause, permanenti o contingenti, derivi la corrispondenza fra il sentimento popolare e le istituzioni pubbliche. Ma, giova ripeterlo, dal punto di vista della dommatica del diritto, ciò è superfluo: ad essa basta l'affermazione del principio, che altre scienze potranno riprendere ed illustrare per proprio conto, che lo Stato legittimo è lo Stato esistente e vitale.

49. E a questo punto può anche fermarsi l'esame che si è condotto nel presente capitolo. Giova però richiamare un'osservazione, che già si è avuto campo di fare. Lo studio

presente si è occupato della legittimazione solo in quanto essa si riferisce al diritto costituzionale e nel campo di questo esercita la sua influenza. Degli speciali punti di vista che interessano direttamente il diritto internazionale non si è tenuto conto: altri princìpi di fatto si sarebbero dovuti mettere in luce ed altre teoriche formulare. Quando di rapporti fra Stato e Stato si parla, punto di partenza e di orientamento non può essere il diritto positivo degli Stati singoli, ma un diritto a questo superiore, che ha proprie finalità e proprie esigenze. Tutto ciò che importava mettere in luce si è che la legittimità per dir così costituzionale non può essere distrutta o attenuata dalla illegittimità per dir così internazionale, se non quando questa si faccia valere in modo che di fatto la prima venga a mancare: se ciò non avviene, l'una è dall'altra giuridicamente scindibile: il che si è a suo luogo dimostrato e si può, del resto, dir quasi incontroverso.

III. - La legittimazione della instaurazione di fatto: suoi effetti

Sommario: 50. Generalità. — 51. Effetti della legittimazione sul periodo anteriore all'instaurazione dell'ordinamento. — 52. Carattere retroattivo di tale legittimazione. — 53. Suo fondamento giuridico. — 54. Figura delle assemblee costituenti, dei Governi provvisori, ecc. — 55. Legittimità dei loro atti quando l'instaurazione del nuovo ordinamento ha luogo. — 56. Natura speciale di alcuni loro atti. — 57. Posizione dei Governi provvisori che non riescono ad instaurare un regime nuovo, perché l'antico ordinamento si riafferma. — 58. I Governi provvisori, che non riescono ad instaurare un nuovo ordinamento, che, invece, è instaurato da altre forze. — 59. Effetti della legittimazione sull'ordinamento antico: varie figure di continuità fra uno Stato e l'altro. — 60. Segue. — 61. Compatibilità di queste figure con l'instaurazione di fatto. — 62. Continuità fra un Governo e l'altro. — 63. La restaurazione. — 64. Segue.

50. Occorre anzi tutto precisare per quali momenti della vita statuale è a parlarsi degli effetti della legittimazione.

Concepita questa come una qualità che è a dirsi immanente all'esistenza effettiva di un ordinamento, come un lato essenziale del concetto stesso di tale esistenza, è chiaro che è inutile indagare quali conseguenze ne derivino nei momenti della vita statuale che seguono quello in cui essa ha luogo: un siffatto esame equivarrebbe perfettamente all'altro relativo agli effetti della instaurazione, sia giuridica che di fatto, di un ordinamento costituzionale, non presenterebbe alcuna caratteristica e non vi sarebbe quindi alcuna ragione di compierlo isolatamente. Piuttosto assai interessante e non agevole si presenta l'analisi degli effetti che dalla legittimazione derivano rispetto ai vari momenti che costituiscono il processo con cui l'instaurazione è avvenuta, nonché rispetto all'ordinamento antico.

51. Riguardo ai primi, sorge preliminarmente il problema del carattere giuridico che è da assegnarsi al periodo costitutivo di uno Stato o di un Governo. È affermazione comune che la scienza del diritto costituzionale studia lo Stato in tutte le fasi del suo sviluppo. Il suo compito principale riguarda lo Stato che esiste, l'organizzazione e l'esercizio della sua sovranità, ma essa tratta altresì dello Stato con immediato riguardo al suo sorgere e al suo affermarsi, non solo quindi nel suo momento statico, ma anche nel suo momento dinamico. Oggetto di tale studio sarebbe non soltanto la sua nascita, ma altresì ciò che la precede, in altri termini, quel periodo in cui lo Stato esiste e non esiste. Con ciò però non ogni difficoltà vien meno, anzi è precisamente a questo punto che cominciano i dubbi. Giacché sorge spontanea la domanda: dove si traccerà il diritto che regolerà questa, per dir così, fase di sviluppo? Negli scrittori che tale domanda si sono, sia pure indirettamente, proposti e che vi hanno, sia pure di passaggio, risposto, si trova l'affermazione che è alla scienza del diritto costituzionale generale che bisogna per queste in-

dagini far capo ([58]). Ove questa affermazione bene si valuti, si vedrà che essa è in tutto equivalente all'altra che i princìpi giuridici che disciplinano tale materia debbano rinvenirsi in una specie di diritto astratto o razionale, proprio quel diritto che ricorda i noti versi dell'araba fenice, ma che, ad ogni modo, costituisce un assai comodo espediente per trarci d'impaccio in problemi che, come questi, toccano le più alte cime del diritto pubblico. E nel caso di cui è qui parola coloro che a questi espedienti ricorrono si trovano nella condizione favorevole di potere invocare a loro difesa degli argomenti che, a prima vista, si presentano abbastanza fondati. Un diritto positivo — potrebbero essi dire — che regoli il periodo di formazione di un ordinamento costituzionale manca, quando questo viene instaurato con un procedimento di fatto. Il ritenere altrimenti importa una contraddizione logica: se questo procedimento si definisce di fatto, ciò è perché è contrario o indifferente al diritto: il che significa che si è nell'alternativa o di doverlo escludere da ogni indagine giuridica o di dover ammettere l'esistenza di un diritto puramente razionale.

52. Come tale ragionamento sia falso non è tuttavia difficile mostrare, dopo quanto si è detto nelle pagine che precedono. Certo un diritto che regoli, nel senso vero e proprio della parola, i vari momenti da cui segue l'instaurazione di fatto del nuovo regime e che li regoli nello stesso tempo in cui essi si svolgono, non è possibile rintracciarlo. Se l'instaurazione di fatto appartiene alla categoria di quelle contrarie al diritto, questo, lungi dal disciplinarla e prestarle la sua forza, la ostacolerà e la considererà come una sua infrazione. Se invece non è contraria al diritto, è al suo concetto essenziale che nemmeno vi sia conforme. E che in ambedue i casi il ricorso ad un diritto filosofico o astratto non sia ammissibile si è cercato di mettere in luce, mostrando la serie di equi-

---

([58]) Così TRIEPEL, *op. cit.*, I.

voci su cui l'opinione contraria sembra fondarsi. Ma ciò non esclude che la scienza giuridica debba disinteressarsene. Essa invece deve farne obbietto delle sue indagini, non solo per quanto si riferisce al sorgere di un nuovo Stato o di un nuovo Governo che da siffatti procedimenti può derivare, ma anche per quel che riguarda quest'ultimi considerati in se medesimi. Lo stabilirsi di un nuovo ordinamento non è che l'effetto del processo di cui è parola, ma bisogna indagare se non sia questo uno dei casi in cui l'effetto reagisce sulla causa. Ove il problema si ponga, non è più esatto il dire che manca un diritto positivo alla cui stregua possa valutarsi il complesso di atti e di rapporti che precedono l'instaurazione. Questo diritto esiste ed è quello che viene, per conseguenza di quest'ultima, a stabilirsi. Si tratterà di un regolamento *a posteriori*, o retroattivo che dir si voglia, ma un regolamento è possibile che si dia. Bisogna vedere come e quando esso si abbia e quale sia il suo fondamento giuridico.

53. La domanda che si presenta spontanea prima d'ogni altra è la seguente: ove si esamini il concetto della legittimazione nei suoi estremi logici, quali momenti dovranno dirsi da essa esclusi e quali invece vi si dovranno comprendere? Qualora di essa si abbia quella nozione che, nel capitolo precedente, si è cercata di porre in luce, non sarà difficile convenire su questo punto: che, cioè, se la si considera solo rispetto ai momenti che seguono il consolidarsi delle istituzioni, essa perde, per dir così, ogni caratteristica essenziale, in modo che quasi la parola 'legittimazione' diventa impropria o, quanto meno, inutile. Legittimare presuppone che qualche cosa *prima* non era legittima; implica un *procedimento*, in cui possono distinguersi un *prima* ed un *poi*. Se invece si afferma che legittimo è lo Stato che esiste, solo perché esiste dal momento che esiste, è chiaro che il *procedimento* si riduce ad un *momento* e che di ciò che anteriormente non era legittimo non si tiene alcun conto. Invece è questo che bisogna mettere anzi tutto in rilievo. Lo Stato nasce legittimo,

non si legittima; ma, per effetto di tale nascita, si legittima il processo da cui esso deriva. Il che si spiega col vincolo di continuità che intercede tra la formazione definitiva del nuovo ordinamento e gli stadi che l'hanno preparata, la sua vita perfettamente sviluppatasi e la sua vita, per dir così, embrionale. Un momento che costituisce il necessario precedente di un altro non può considerarsi ad una stregua diversa di quest'ultimo: essi sono, non soltanto materialmente, ma anche giuridicamente connessi, in modo inscindibile. A prescindere dalle difficoltà pratiche, talvolta insormontabili, che s'incontrerebbero ove si vedesse precisare una assoluta distinzione, così in ordine al tempo come in ordine ad altro punto di vista, fra il primo e il secondo, resta pur sempre vero ciò che s'è avuto già campo di rilevare: la necessità giuridica cioè che costringe lo Stato o il Governo di nuova formazione a riconoscere efficacia e ad attribuire carattere di diritto ai prodromi di tale formazione. Esso deve far suo tutto il procedimento che condusse a quest'ultima, anche quando il procedimento medesimo si debba ad un altro Stato, che lo abbia regolato col suo diritto. Se ciò potesse non fare, il nuovo ordinamento avrebbe la facoltà di rinnegare in parte se stesso, la sua origine: il che è assurdo, mentre invece esso nasce variamente conformato ed atteggiato secondo il modo e le peculiarità di quest'ultima. Da tutto questo ragionamento una conseguenza risulta chiara, ed a suo luogo si è già accennata: il nuovo ordinamento si considererà come se avesse avuto principio non il giorno in cui effettivamente esso ebbe vita, ma il giorno in cui si iniziò il procedimento che dovea condurre alla sua nascita. Il che risulta meglio confermato, ove in ordine alla fonte, per dir così, del diritto pubblico di uno Stato di nuova formazione si accettino le idee che, per quanto brevissimamente, si sono poste in luce. Com'è noto, è una affermazione molto comune che esso tragga origine dalla volontà statuale, e per volontà, in tal caso s'intende un vero e proprio atto di volizione positiva da cui il diritto immediatamente derivi. Ora ciò non è esatto. C'è un complesso di norme e

d'istituti che il nuovo ordinamento non può non considerar suoi, perché nasce con essi e senza di essi la nascita non si avrebbe, giacché sono essenziali alla sua vita. La sua volontà in questo caso può esercitarsi, ma soltanto in modo che da principio non può essere che negativo. Cioè: lo Stato può distruggere tali ordinamenti, sostituendoli con altri, ma fino al momento in cui ciò non fa essi formano parte integrante del suo diritto, non per volontà sua, ma per forza di cose e di logica.

54. Basta quanto si è fin qui detto per delineare la figura giuridica di quelle assemblee costituenti, di quei Governi provvisori, da cui deriva l'instaurazione di fatto di un nuovo ordinamento. Essi debbono considerarsi come organi dello Stato, organi che ebbero vita in momenti eccezionali e transitori, ma che ad ogni modo rivestono tale qualità. Un organo può certo esistere e funzionare, prima ancora che esista l'intero organismo di cui esso sarà parte integrante, allo scopo anzi di dar luogo a tale esistenza. Raggiunto questo scopo, esso perde la sua individualità autonoma, s'incorpora e si confonde con gli altri organi e tutti insieme formano le nuove istituzioni. Ne segue che i suoi atti acquistano il carattere di atti compiuti dallo Stato, per una specie di effetto retroattivo, che l'ordinamento giuridico di quest'ultimo spiega su di essi. Perché tale effetto retroattivo si abbia, non occorre che il nuovo Stato espressamente lo sanzioni, appunto perché la sua volontà, in tale materia, non può avere che quella parte secondaria ed accessoria cui sopra s'è accennato. Si tratta di una retroattività necessaria, il cui fondamento giuridico si è cercato di porre in luce. Il principio, di regola esatto, per cui le norme giuridiche non dispongono che per l'avvenire, deve rettamente interpretarsi nel senso che esso si riferisce soltanto a quelle norme la efficacia delle quali riposa su un vero e proprio atto della volontà statuale: alle altre può anche non riferirsi, come nel caso di cui è parola.

Com'è naturale, non solo acquistano legittimità ed efficacia, gli atti compiuti dai Governi provvisori, ma anche, per lo stesso motivo, debbono riconoscersi le conseguenze giuridiche che, in base ai criteri da quest'ultimi adottati, sono da attribuirsi agli atti compiuti dai cittadini verso di essi. Non è né l'elemento della buona fede, né la circostanza che a questi atti si può essere stati costretti, ciò che induce a ritenerli tali, ma soltanto la necessità di attribuire retroattivamente agli organi con i quali essi sono stati compiuti la qualità di organi del nuovo Stato o Governo.

Questo punto però bisogna di una maggiore precisazione. Per alcuni rapporti, specialmente per quelli penali, si potrebbe credere che, consolidatosi il nuovo regime, le condanne, per esempio, che dai Governi provvisori fossero state inflitte per azioni da essi considerate come reati, massime se politici, dovessero venir meno. Ciò può essere esatto, ma solo per motivi speciali, che potrebbero anche non sussistere. Ed in vero a prescindere, com'è naturale, dalle ragioni etiche o politiche che potrebbero consigliare atti di grazia, può darsi che, mutando la legislazione penale, quelle azioni, che a causa del momento in cui venivano commesse, avevano importanza e carattere di reati, perdano tale qualità, in modo che, per un principio comunemente sanzionato dal diritto penale, coloro che per esse scontino ancora una condanna, ne debbono essere prosciolti. Ancora: può darsi che la legislazione, diciamo così, del Governo provvisorio avesse essa medesima carattere provvisorio e che fosse destinata a cessare, pel principio *cessante ratione legis cessat et ipsa lex*, appena instaurato il Governo definitivo. In questo caso, il proscioglimento delle condanne avverrebbe sempre per il medesimo motivo che si è riscontrato per il caso precedente. In altri termini, non sembra che la regola dianzi formulata, che cioè acquista carattere giuridico tutto ciò che il Governo provvisorio avrà compiuto, subisca delle eccezioni. Soltanto essa deve contemperarsi con i princìpi, del resto comuni, di diritto transitorio, cui molte volte può essere necessario ricorrere.

55. Riassumendo è a dirsi: l'instaurazione del nuovo ordinamento avrà le seguenti conseguenze. Anzi tutto acquisteranno carattere di norme giuridiche, di diritto obbiettivo, quelle norme o criteri che il Governo provvisorio avrà preso a guida dei suoi atti: esse passeranno nel sistema del diritto del nuovo Stato o Governo, a meno che, per la loro natura, non siano state destinate ad aver vigore soltanto momentaneo. Una speciale importanza da questo punto di vista assumono le cosiddette assemblee costituenti, le quali stabiliscono i princìpi fondamentali del nuovo diritto pubblico. Le costituzioni che ne derivano sono quindi, secondo l'anzi detto, a considerarsi come leggi aventi la medesima natura delle altre che avranno vita dopo il consolidamento delle istituzioni. Le teoriche, che già furono così diffuse e delle quali resta ancora qualche traccia nel linguaggio comune e in quello della politica, per dir così, quotidiana, che qualificavano tali costituzioni come patti fondamentali fra il popolo e il sovrano o, in genere, come atti che avessero carattere contrattuale, non hanno alcuna consistenza: esse sconoscono il fondamento giuridico della loro efficacia che non può essere se non quello accennato. Oltre che leggi di ordine costituzionale, continuano ad aver vigore nel nuovo regime anche disposizioni attinenti ad altri rami del diritto che siano state emanate da Governi provvisori: in Italia tali disposizioni sono molto numerose per quel che riguarda il diritto amministrativo.

In secondo ed in terzo luogo, gli effetti della legittimazione condurranno — come s'è già avuto modo di rilevare — non solo a far considerare appartenenti al nuovo Stato o Governo le norme di cui si è parlato, ma anche gli organi da cui esse sono state emanate, e gli atti speciali che, secondo queste norme, fossero stati compiuti.

56. Per una più minuta analisi, gioverà intanto osservare che parecchi atti dei componenti i Governi provvisori o delle relative assemblee acquistano, appunto perché da

essi compiuti, un carattere diverso da quello che avrebbero se si compissero durante la vita normale dello Stato. Si ponga, per esempio, mente all'elezione del nuovo sovrano. Il suo contenuto è molto diverso da quello delle altre elezioni: essa difatti non ha luogo secondo norme che già esistono, ma produce nuovo diritto obbiettivo, stabilendo il nuovo ordine di successione al trono: si tratta quindi di un atto che è qualche cosa di più di un'elezione, giacché contiene un precetto giuridico e l'ordine di ubbidirvi, in altri termini, di un vero e proprio atto di legislazione. Lo stesso è a dirsi di molti altri atti speciali, che appunto perché compiuti senza riferimento a norme generali, che ancora mancano, contengono essi stessi, indirettamente o implicitamente, le norme su cui si fondano.

57. Fin qui si è contemplato il caso di un Governo provvisorio da cui abbia vita il nuovo ordine di cose. Tutto quanto, difatti, s'è detto si basa sull'ipotesi che l'instaurazione di un ordinamento costituzionale diverso dall'antico abbia effettivamente luogo ed abbia luogo per opera di quelle persone, di quei comitati o anche di quegli Stati stranieri, la legittimità dei cui atti è in questione. Il principio invero da cui tale legittimità deriva scaturisce immediatamente dalla continuità fra il nuovo Stato o il nuovo Governo e il processo che condusse alla loro formazione. Se questa continuità manca, siamo in un caso del tutto diverso: quello di un potere costituente, di un Governo provvisorio che fallisce al suo scopo. Quale carattere dovrà attribuirsi ad esso ed ai suoi atti?

Debbono in tal caso contemplarsi due ipotesi che si differenziano per i loro diversi effetti giuridici. Potrà, in primo luogo, avvenire che nessun nuovo ordinamento si crei e che l'antico, riuscendo a vincere i moti ad esso contrari, si riaffermi. È naturale che, ciò avvenendo, gli atti compiuti da chi si attribuiva un'autorità che non è riuscita a consolidarsi, si considerino, non solo privi di qualsiasi efficacia, ma anche contrari al diritto e diano, per conseguenza, luogo a tutte le

responsabilità che si ricollegano ai fatti illeciti, comprese quelle penali. Potrà l'esercizio dei poteri di grazia far venir meno quest'ultima responsabilità, potrà anche una legge apposita ordinare il cosiddetto oblio del passato; ma, in mancanza di tali provvedimenti eccezionali, il principio giuridico che deve valere è quello accennato. Naturalmente ciò è a dirsi soltanto per quegli atti, il cui fine era la caduta dell'antico ordinamento e l'instaurazione di un nuovo regime. Diversamente debbono valutarsi gli atti compiuti durante la crisi, che questo scopo non si proponevano. Ed in vero un fatto di cui non si può non tener conto è che effettivamente tale crisi ha avuto luogo e che si è verificata un'interruzione, sia pure illegittima, nell'impero del diritto. Responsabili sono a ritenersi gli autori di tale interruzione, non già chi, a causa di esse, non ha più ritrovato la norma secondo la quale avrebbe dovuto agire ed ha, per conseguenza, agito senza riguardo a questa norma. Ad esempio, non si applicherà certamente una multa finanziaria a chi non ha pagato un'imposta che dal Governo provvisorio era stata dichiarata abolita e che non si sarebbe potuta pagare. In altri termini, la crisi di cui è parola dovrà in molti casi considerarsi alla medesima stregua di un caso di forza maggiore, e dovranno ad essi attribuirsi i medesimi effetti che a questa si riconnettono così nel campo del diritto pubblico, come in quello del diritto privato. Ben diversa dall'ipotesi cui si è accennato è l'altra, che formerà appresso obbietto di un esame apposito, in cui un ordinamento nuovo riesce a stabilirsi, ma l'antico viene in seguito restaurato: finora si è fatto il caso che il primo non giunga ad aver vita vera e propria, neppure per un brevissimo periodo di tempo e che i moti ad esso favorevoli non raggiungano in modo alcuno il loro intento, ma arrivino solo a produrre un'interruzione transitoria nella vita statuale, una specie di anarchia. Le due ipotesi, per quanto siano in pratica difficilmente distinguibili, pure presentano degli estremi logici assolutamente distinti.

58. Ben diversa è la posizione giuridica del Governo provvisorio quando, pur non riuscendo esso a dar vita a nuove istituzioni, l'antico stato di cose non venga ripristinato e a questo se ne sostituisca un altro per opera di diverso potere costituente o anche di forza estranea. In tal caso, il principio generale che sembra sia in astratto da stabilirsi, si può così formulare: gli atti del primo potere non avranno in astratto alcuna efficacia e non produrranno in nessun senso alcuna conseguenza giuridica in tutti quei rapporti in cui la continuità fra l'antico e il nuovo diritto sia stata interrotta: l'antico, difatti, per tali rapporti non potrà in alcun modo considerarsi in vigore ed al nuovo, a meno che questo non lo disponga espressamente, non potrà attribuirsi effetto retroattivo su atti che sulla sua formazione non ebbero influenza. Dove invece non c'è stata alcuna soluzione di continuità, si avranno bene delle norme di diritto positivo, in base alle quali si potrà e dovrà giudicare. Com'è naturale, siffatto principio, che s'è enunciato in forma breve e sintetica, è suscettibile di maggiori determinazioni e di concrete applicazioni, specialmente in ordine all'esame, così importante, dei casi in cui una continuità si rinviene nonostante il verificarsi di un mutamento costituzionale. Trovando luogo tale esame a proposito così dei mutamenti di fatto come dei mutamenti che seguono secondo il diritto, non è possibile che questo si compia da studio che riguarda solo i primi, se non in quanto è necessario procedervi per l'indagine seguente, cui quella fin qui condotta fornisce l'occasione.

59. Finora si sono posti in luce gli effetti che dall'instaurazione di fatto di un nuovo regime derivano riguardo al periodo che immediatamente precede tale instaurazione e ai procedimenti che, a quest'ultima diretti, acquistano diverso carattere secondo che raggiungano o meno il loro scopo. Adesso sarà bene indagare quali conseguenze il mutamento produce sull'ordinamento antico: il che equivale a ricercare fino a che punto, in che senso e con quali caratteri è da am-

mettersi una continuità fra quest'ultimo ed il nuovo ordine di cose. È precisamente l'analisi cui un momento fa s'accennava che è d'uopo intraprendere, in quanto essa può interessare l'attuale argomento.

Ed anzi tutto sembra che bisogna distinguere il caso in cui il mutamento costituzionale dà luogo alla formazione o alla modificazione di un nuovo Stato dall'altro in cui esso riguarda soltanto il Governo. Il primo dà luogo, a sua volta, a parecchie sottodistinzioni, ciascuna delle quali assume una figura giuridica diversa. Ad esse tuttavia si riconnettono alcuni princìpi generali, cui sarà bene accennare brevissimamente.

Quando di continuità fra un ordinamento e l'altro si parla, si accenna non ad un solo istituto o ad un solo concetto, ma ad istituti e concetti che hanno soltanto una lontana affinità tra loro, sebbene non sempre l'analisi scientifica abbia curato di distinguerli e talvolta nemmeno di rilevarli. Primo fra tutti, per più determinato e preciso rilievo di contorni, si presenta quello che viene comunemente designato col nome di successione degli Stati. Com'è noto, si suole di regola rilevare che tale successione ha luogo soltanto per i diritti patrimoniali e, non trova posto per i diritti che fanno capo alla personalità politica dello Stato ([59]). Ed invero, nel concetto di successione è implicita l'idea dell'inerenza ideale di un diritto o di un obbligo in un elemento che forma parte integrante di un subbietto e che da quest'ultimo, sia per la sua estinzione sia per una sua modificazione, si stacca per formar parte di un altro subbietto. Ora quando si tratta degli Stati, si ha che il complesso dei loro rapporti giuridici si può considerare inerente o alla loro personalità politica, o al loro territorio o al loro patrimonio. Per i primi, come per tutti i diritti personalissimi, non può darsi successione, appunto perché l'elemento della personalità può estin-

---

([59]) Cfr. GABBA, in *Questioni di diritto civile*, Torino, 1885. Cfr.. anche HUBER, *Die Staatensuccession*, Leipzig, 1898, 18 ss.

guersi, può modificarsi, ma non trasmettersi. Non così è invece a dirsi del territorio e del patrimonio i quali possono sopravvivere all'estinzione e alle modificazioni di uno Stato, e, passando nel dominio di un altro Stato, attribuire a questo i diritti e i doveri che vi si fondano o rientrano. Nella cosiddetta successione totale, tale inerenza si riscontrra sempre nei rapporti col patrimonio, il quale, considerato come un tutto, non può trasmettersi ad altri se non per l'appunto in caso di estinzione totale dello Stato. Quando, invece, non si ha che una disgregazione e una conseguente aggregazione territoriale, non può certo parlarsi di successione per il fatto che i diritti e gli obblighi relativi ineriscano al patrimonio, il quale, idealmente, resta dello Stato a cui sfavore la disgregazione si compie. Ma, come si è detto, c'è un complesso di diritti e doveri che ineriscono al territorio e alle sue singole parti: beni in esso situati, somme di denaro a riscuotersi dai suoi abitanti, per debiti, ad esempio, d'imposte prediali, debiti contratti per interessi esclusivi ad una provincia o ad un comune, e così via. In tal caso, si avrà una successione parziale per quei rapporti che presentano siffatti caratteri.

60. Ma, oltre il concetto della successione, il quale presenta gli estremi cui si è accennato, altri se ne rinvengono, che impropriamente si confonderebbero con esso. Così è da notare l'*estensione* che i diritti ed anche gli obblighi di uno Stato possono subire, tutte le volte che ad esso si annettono altri Stati o territori. Sarebbe erroneo il credere che sulle parti annesse i poteri di supremazia, che il primo esercita, siano una continuazione degli analoghi poteri che vi esercitavano prima altri Stati e da questi gli derivino. Ché anzi si ha in questo caso qualche cosa di opposto ad una successione. Quest'ultima implica la trasmissione ad un subbietto degli elementi che costituivano un altro subbietto che si estingue o in tali elementi è diminuito; l'estensione di cui si parla in vero presuppone che nulla provenga al subbietto che sopravvive degli elementi dell'altro subbietto, estinto o dimi-

nuito, ma che invece a questi elementi si riferiscano rapporti cui prima essi rimanevano estranei. Il nuovo ordinamento che viene a stabilirsi sulle parti annesse ha una continuità con l'ordinamento dello Stato annettente, non con quello dello Stato da esse prima costituito o da cui si sono disgregate, al contrario di quanto avviene quando si ha una successione.

61. Ci sono però dei casi in cui, pur non trovando luogo quest'ultima, la continuità è a ricercarsi nei rapporti con lo Stato a cui sfavore la disgregazione si è compiuta, o che si è incorporato del tutto in un altro. Tale continuità si ha in grado molto rilevante quando l'aggregazione o l'incorporazione non è perfetta, quando cioè per essa ciò che si annette diventa *parte* dello Stato, ma pur tuttavia una parte distinta dalle altre, sia perché sottoposta a diverso trattamento giuridico, sia perché costituisce uno Stato a sé di una federazione o di uno Stato federale. Non è certamente questo il luogo d'insistere sui vari aspetti che può presentare la parte annessa, appunto a motivo di questa continuità che il suo ordinamento conserva con quello che prima le era proprio, e sulle varie designazioni che si adoperano per accennare alla diversa misura di tale continuità (colonia, *Staatsfragment*, ecc.). Ma anche quando si tratta di un'unione perfetta, può talvolta notarsi la continuità di cui è parola. Così nelle varie regioni d'Italia sopravvivono leggi che già furono degli Stati cessati. Quel che preme di rilevare si è che qui di successione non è a parlarsi. Questa presuppone che ad un subbietto se ne sostituisca per alcuni rapporti un altro: invece qui non s'ha siffatta sostituzione, e non s'ha nemmeno un rapporto. È stata l'Italia che, sia pure tacitamente, ha adottato, con efficacia limitata ad alcune sue parti, le leggi che esistevano prima che il nuovo regno fosse creato, così come potrebbe adottare le nuove leggi che sono in vigore presso qualsiasi Stato straniero, senza che si possa parlare di alcun rapporto che perciò verrebbe a stabilirsi.

62. Ora, se queste diverse figure giuridiche in cui il principio di continuità fra un ordinamento e l'altro si manifesta, si studiano in riguardo alla instaurazione di fatto di un ordinamento che produca la formazione o la modificazione di uno Stato, si ha che esse tutte possono trovar luogo, nessuna restando esclusa dal carattere contrario o estraneo al diritto dell'instaurazione medesima. Ciò è chiaro per i due casi, che non dànno luogo a successione, cui si è accennato. In essi la continuità appare non come un rapporto giuridico che si stabilisca fra due Stati e nemmeno presuppone rapporti giuridici con terze persone nei quali all'uno Stato subentra l'altro. Si tratta di una continuità che emerge dalle cose stesse, cui si riattaccano conseguenze giuridiche, ma che non è prodotta dal diritto. Qualche dubbio potrebbe invece sorgere quando si tratta di successione. Ma ove si consideri il fondamento di quest'ultima, che non deriva da un atto di volontà dello Stato al quale si succede, ma dal fatto che alcuni degli elementi statuali, cui sono inerenti dei diritti e dei doveri, passano ad altro Stato, non si avrà difficoltà ad ammettere che essa è un effetto necessario del mutamento che ne è il presupposto. Se questo effettivamente avviene, la successione non può non verificarsi, tanto più che la legittimazione sopraggiunge pronta e immediata a sanzionare il mutamento medesimo. Va da sé che tutte le volte che gli effetti successori non possono farsi valere senza il riconoscimento dello Stato cui si succede, oltre la legittimazione di diritto interno, che in tutt'altri casi è sufficiente, occorre quella di diritto internazionale: ma di questa non dobbiamo qui occuparci.

A poche considerazioni offre campo l'esame del caso in cui l'instaurazione di un nuovo ordinamento non produce né la formazione né la modificazione di uno Stato, ma soltanto del Governo. In questi casi è evidente che tutti i rapporti giuridici dello Stato, che son costituiti da diritti acquisiti da esso o contro di esso, restano di regola in vita. Riguardo alla continuità fra l'antico ed il nuovo ordinamento, in se stessi considerati, non possono, com'è naturale, formularsi dei prin-

cìpi generali: esso può assumere gradi diversi a seconda che più o meno profonda è la modificazione del primo. Quel che preme di rilevare si è che, ove tale continuità effettivamente sussista, i suoi effetti giuridici non restano esclusi sol perché il mutamento costituzionale è seguito da un procedimento non giuridico: la sua legittimazione rende del tutto trascurabile questo suo carattere originario.

63. Concludendo, si può senz'altro affermare che per solito l'instaurazione di fatto di un ordinamento produce, rispetto al vecchio regime, le medesime conseguenze che l'instaurazione di diritto. Soltanto — ed è caso tipico, degnissimo di un esame apposito — una differenza si palesa allorquando il mutamento costituzionale consiste nella restaurazione di un antico regime. La continuità allora del nuovo o, meglio, rinnovato ordinamento bisogna ricercarla non già in quello che immediatamente lo precedette, ma nell'altro anteriore a quest'ultimo. Il quale vien posto, per dire così, fra parentesi e considerato, ai fini di taluni effetti giuridici, come se mai fosse stato in vita.

Quale sia il carattere della restaurazione non è molto facile a determinarsi. Come già si è avuto modo di accennare, il suo concetto non trova luogo tutte le volte che essa non sostituisca l'ordinamento antico ad un altro che effettivamente esisteva, ma si ha soltanto la repressione di un movimento che tentava dar vita ad un nuovo Stato o ad un nuovo Governo, senza che in questo scopo fosse mai riuscito. La differenza fra i due casi è notevolissima. Secondo i princìpi che sopra si son posti, gli atti compiuti da chi funzionava da Governo provvisorio di un ordinamento che non è venuto a formazione, non possono non considerarsi contrari al diritto, ove il primitivo stato di cose ripigli vigore. Non così invece è a dirsi quando si tratta di una restaurazione vera e propria. In questo caso non può farsi a meno di riconoscere che un ordinamento, cui si riannodava un complesso di norme giuridiche, esisteva e che esso avrà per conseguenza pro-

dotto degli effetti che non possono sempre esser considerati come illegittimi o giuridicamente inefficaci. Vero è che la restaurazione si compie nella maggior parte dei casi, affermando contrario al diritto o lo Stato o il Governo che essa abbatte; ma non occorre, da quanto si è detto, rilevare come tale affermazione, almeno presa alla lettera, non ha quasi mai alcuna consistenza. Contrario al diritto uno Stato o un Governo che esiste non può essere, se non dal punto di vista del diritto di un altro Stato: ove la restaurazione non si compia da quest'ultimo, essa può trovare giustificazione nei princìpi di una giustizia astratta, nelle norme e nelle esigenze dell'etica politica, non certo nel diritto. Ne viene che, nonostante ogni tendenza in senso opposto, nessuna restaurazione è mai avvenuta che sia riuscita a considerare tutti gli atti compiuti anteriormente ad essa come illegittimi, applicandovi le relative sanzioni o, quanto meno, cancellandone gli effetti.

64. Da ciò può trarsi una conseguenza. L'ordinamento che la restaurazione fa venir meno deve continuarsi a considerare legittimo anche dopo che questa sia avvenuta. Ciò, si noti bene, è a ritenersi non solo nel caso che l'ordinamento medesimo non fosse viziato da alcuna illegittimità dal punto di vista internazionale, ma anche quando esso sia stato abbattuto da quello Stato al cui diritto era contrario. Questo ultimo difatti non può disconoscere il fatto che l'illegittimità di cui si tratta è soltanto parziale, e che, in tanti altri rapporti, non si riscontra. Praticamente poi avverrà che il regime restaurato emanerà una serie di disposizioni dirette non solo ad abrogare leggi ed altre norme dell'ordinamento che cessa, ma altresì a togliere efficacia a rapporti concreti che già in base a queste ultime abbiano avuto vita. Ma in questi casi non si avranno che delle leggi retroattive, alle quali dovrà per conseguenza riferirsi il principio che la retroattività è un'eccezione, che deve caso per caso risultare positivamente. Il che equivale a dire che la restaurazione, da

per se medesima e a prescindere dal modo con cui praticamente può trovar luogo, non implica, ai fini e agli effetti del diritto, la negazione della legittimità dello Stato o del Governo contro cui essa si esplica: non implica né potrebbe implicarla.

Alla nostra indagine basta l'aver messo in luce questo punto. Vi è difatti estraneo il problema se una continuità effettivamente esista e con quale fondamento fra l'antico regime e il nuovo che di questo vorrebbe rappresentare un nuovo periodo di vita. Sia che questa continuità si ammetta, magari ricorrendo stranamente alla finzione romana del *postliminium* ([60]), sia che la si neghi, sostenendo che essa non può trovar posto fra gl'istituti e i concetti giuridici, ma solo può spiegarsi dal punto di vista di un'*aequitas* superiore al diritto ([61]), resta fermo il risultato cui si è pervenuti: che cioè, gli effetti derivanti dalla legittimazione di un ordinamento costituzionale, la cui instaurazione non sia stata giuridica, non vengono distrutti da una susseguente restaurazione. Il concetto che caratterizza quest'ultima, nel caso che sia giuridico — e c'è da dubitarne — deve riannodarsi a ben altre sue conseguenze, che qui non interessa nemmeno accennare.

([60]) Cfr. BROCKHAUS, *Postliminium*, in *Holtzendorff's Rechtslexicon* [3], III.

([61]) JELLINEK, *Das Recht des modernen Staates*, cit., 256.

III

OSSERVAZIONI PRELIMINARI PER UNA TEORIA SUI LIMITI DELLA FUNZIONE LEGISLATIVA NEL DIRITTO ITALIANO

Da *Archivio di diritto pubblico*, Palermo, 1902, 229.

È noto il modo nel quale è stata comunemente posta e risoluta la questione se, per diritto italiano, la funzione legislativa sia vincolata da limiti giuridici. Due — principalmente, anzi quasi esclusivamente — sono stati i punti di vista da cui si è creduto di poter condurre ed esaurire l'esame del grave problema: la modificabilità, per mezzo degli organi legislativi ordinari, dello Statuto, e l'incompetenza dei giudici a sindacare gli atti che presentano, regolarmente osservate, le forme esteriori delle leggi. Fermati questi due princìpi, specialmente il secondo, se ne è tratto, come un semplice corollario, l'altro dell'assoluta libertà, almeno nel campo valutabile dal diritto, dell'attività statuale diretta alla legislazione. Solo si è dubitato se qualche limite quest'ultima incontri in norme o concrete obbligazioni dello Stato pertinenti al diritto internazionale. Sembra, intanto, che un'accurata revisione della dottrina corrente, che imposti in modo diverso dal comune i problemi relativi e tenga il debito conto di elementi, certo delicati e sottili, ma non perciò trascurabili, possa formare obbietto di un'indagine assai remunerativa. In questo, come in altri argomenti di diritto costituzionale, conviene non arrestarsi innanzi a princìpi e formule, che si presentano con la consistenza di dommi, e che invece rivelano la loro manchevolezza, quando si pongono nella giusta luce istituti e figure, i cui contorni, alquanto evanescenti, spesso sfuggono ed hanno bisogno, per essere fissati, di un'osservazione, per dir così, microscopica. Le presenti pagine non hanno la pretesa di condurre a termine una ricerca, che sarebbe lunga e difficilissima, ma si propongono soltanto di portarvi un modesto contributo: la completa delineazione della teorica relativa potrà farsi in seguito, con più agio.

1. Per il diritto italiano — cui questo studio intende di restringersi rigorosamente — l'ammettere che l'esercizio

della funzione legislativa sia soggetto, anche per quel che riguarda il contenuto di essa, a dei limiti giuridici, potrebbe essere *a priori* escluso da taluni concetti e princìpi, dei quali — siano pure esatti — converrà sempre esaminare e valutare la giusta portata. E, in primo luogo, occorre che si precisi in che senso e con quali intendimenti si può e si deve, rispetto agli organi legislativi, parlare di limiti: solo a patto di chiarire la natura e la consistenza di questi ultimi, non attribuendovi effetti di cui non sono suscettibili, si può evitare una serie di equivoci.

Gioverà, anzitutto, il rilievo di una tendenza, che è a dirsi organica, dell'odierno Stato costituzionale, e che sembra vada sempre più accentuandosi, assumendo caratteri ben delineati e concretandosi in pratiche attuazioni. Questa tendenza, considerata nel principio generalissimo che l'informa, consiste nel definire e circoscrivere, quanto più è possibile, la sfera di competenza assegnata ai singoli organi dello Stato, apponendovi dei limiti giuridicamente precisi e garantiti. È la norma giuridica, che va estendendo sempre più la sua efficacia, penetrando in campi già abbandonati al dominio di altre norme ed influendo, almeno negativamente, quando non può essere regola positiva; è il processo di differenziazione, per cui organi e funzioni vanno specificandosi ed acquistano quasi una propria individualità, che pure non turba, ma rende, anzi, più armonica l'unità statuale, nella quale si fondono; è il presupposto, più o meno diretto, di ogni difesa del singolo contro le illegittime invasioni dello Stato; è, in conclusione, l'impronta, forse, più caratteristica delle istituzioni attuali pervase e dominate da quella forza benefica, che, non solo agli individui, non solo allo Stato, complessivamente considerato, ma alle varie, per dir così, articolazioni di quest'ultimo, attribuisce e circoscrive una sfera di azioni, che non può oltrepassarsi, senza che il diritto si violi.

Senonché, più o meno esplicitamente affermato e presupposto, viene comunemente ritenuto non dubbio il principio che in ogni ordinamento politico esiste e non può non esistere

un organo — l'organo sovrano — che sta al di sopra di tutti gli altri e che, appunto per tale posizione, che esclude ogni sua sottomissione, ha un potere giuridico assoluto e illimitato [1]. In ogni Stato ci sarebbe un sovrano e della sovranità — così intesa — sarebbe questo il carattere specifico. Limiti e condizioni esso ne incontrerebbe e molteplici, ma sarebbero e non potrebbero non essere che di fatto, risultanti dalle necessità delle cose, da criteri di convenienza, dai suggerimenti interni della morale e così via via: la norma giuridica resterebbe esclusa, perché non ci sarebbe modo d'imporne e garantirne l'osservanza; perché la sua formulazione e interpretazione sarebbero necessariamente rimesse allo stesso organo, che dovrebbe ottemperarvi; perché, quando si giunge al vertice di un'organizzazione, il diritto, che in questa e solo in questa si concreta, viene a mancare dei suoi requisiti essenziali, non è più passibile di coazione e non incontra alcun'altra sfera giuridica, che lo definisca e lo circoscriva, il che vuol dire che non è più diritto. L'organo sovrano sarà costituito da una sola o da più persone fisiche: anche in quest'ultimo caso esso è giuridicamente uno, in modo che nella sua costituzione non è possibile ravvisare gli estremi che sono necessari perché una relazione e, conseguentemente, una norma giuridica esista. Se assoluto non sarà il re, sarà onnipotente il Parlamento, ma un organo incoercibile non può evitarsi: perché nella subordinazione dei vari organi non può procedersi all'infinito ed uno non subordinato agli altri deve pur sempre rimanere. L'essenza di ciò che si chiama Stato o Governo libero non risiede nella esclusione, in ogni caso impossibile, di un sovrano ma nel modo con cui questo si costituisce, nella sua provenienza,

---

[1] V., fra i molti altri, SEYDEL, *Grundzüge der allgemeinen Staatslehre*, Würzburg, 1873, 8, 9; BURGESS, *Political science and comparative constitutional law*, I, Boston, 1898, 53; DICEY, *Introduction to the study of the law of the constitution*[5], London, 1897, 69; RACIOPPI, *Forme di Stato e forme di Governo*, Roma, 1898, 33 ss. ecc. E non è qui il caso di far parola della figura di quel che i Tedeschi designano con l'espressione *Träger der Staatsgewalt*.

e in tutte quelle garanzie che, pur dando luogo a istituti giuridici, sono, in se stesse considerate, semplicemente politiche, appunto perché al sommo di esse la forza di qualsiasi ordinamento giuridico cede il posto ad altre forze diverse: che queste siano benefiche in riguardo agl'interessi generali è tutto ciò cui è possibile mirare, mediante i delicati e complicati meccanismi dello Stato moderno, e tal fine è raggiungibile con maggiore o minore sicurezza, che non sarà mai confrontabile con la sicurezza che deriva dall'imperativo categorico del diritto.

Sembra però che a tutto quest'ordine di considerazioni, che potrebbe suffragarsi anche con numerosi argomenti cui sarà in seguito accennato, se ne possa contrapporre un altro più consistente.

Il principio per cui in ogni Stato è necessario che esista un organo sovrano, non subordinato a nessun altro, va rettamente inteso e non portato a conseguenze, che da esso non discendono e che sono in contraddizione con i caratteri più spiccati del diritto pubblico moderno. Quel principio è soltanto esatto quando l'attributo di organo supremo si adoperi per designare la posizione eminente che ad un organo può spettare nei rapporti con altri organi, è un attributo il cui valore giuridico è molto relativo e non può estendersi sino a ricavarne quella serie di corollari che, generalmente, se ne deducono. Il suo valore — si è detto — è relativo, e, meglio si direbbe, negativo: nel senso che esso indica la mancanza d'un organo che sia ancora superiore. Ora ciò non significa, anzitutto, che quest'organo sovrano debba essere unico. L'affermazione contraria muove da inesatte osservazioni. Forse quel che contraddistingue la parte dell'odierno diritto costituzionale che riguarda l'organizzazione dello Stato è per l'appunto il moltiplicarsi degli organi immediatamente partecipi della sovranità: al posto dell'unico, che il regime assoluto ammetteva, ne sono subentrati parecchi, la cui posizione giuridica è, di fronte agli altri, ugualmente eminente e che, nelle reciproche relazioni, sono posti allo stesso grado, senza alcuna subordi-

nazione, ma soltanto coordinati. Se è vero che organo costituzionale è a dirsi quello che non ne ha nessun altro sopra di sé, se è vero altresì che gli organi costituzionali dell'odierno Stato sono, di regola, molteplici, ne viene che in quanto la nozione di organo costituzionale — almeno da questo lato — si confonde con quella designata dall'inesatta ed equivoca espressione di organo sovrano, il principio dell'unicità giuridica di quest'ultimo si dimostra del tutto inconsistente. Se si prescinde difatti da alcuni specialissimi punti di vista, d'importanza del tutto secondaria, emerge chiaro che è venuto oramai a mancare quel complesso di condizioni, che rendeva necessario il qualificare investito della sovranità statuale un solo organo: punto di partenza di tutte quelle indagini e classificazioni — ad esempio, le classificazioni delle forme di Stato e di Governo — che prima muovevano dalla supremazia di un organo rispetto a tutti gli altri, adesso deve essere la giuridica coordinazione, in vari modi ottenuta, garantita e atteggiata, di parecchi organi, non più sovrani, nel senso antico e tradizionale, divenuto inesatto, della parola, ma tutti costituzionali. Una riprova di ciò si può avere pensando alle insormontabili difficoltà cui si va incontro quando si tratta di determinare concretamente l'organo cui la qualifica di sovrano si dovrebbe attribuire. Se è la Corona, non si può davvero dire che il suo potere sia giuridicamente illimitato, sottoposti come sono i suoi atti ad una serie di rigidi e severi controlli. E del resto — a non tener conto del lato formale e della cosiddetta rappresentanza dello Stato all'estero, che tutta in essa si riassume — non sembra che la superiorità della sua posizione di fronte ad altri organi possa dimostrarsi: questi ultimi, anche se dotati, singolarmente presi, di minor sfera di competenza, non può certo dirsi che siano subordinati alla Corona. Lo stesso, e con maggior fondamento, potrebbe ripetersi per le due Camere, sia perché la loro posizione è giuridicamente uguale nei rapporti reciproci, sia perché ad esse non compete nessuna supremazia sulla Corona. E allora, inavvertitamente il più delle volte, ma comunemente si ri-

corre al ripiego di considerare come un unico organo il Parlamento ([2]), cioè le Camere e il Re, in quanto, per certi atti, è necessaria la loro collaborazione, e ad esso si riferisce la qualifica di organo sovrano, nell'antico senso, di un organo, cioè, che non ha nessun altro sopra o accanto a sé e che è inoltre onnipotente. L'onnipotenza parlamentare, da tal punto di vista, non è che l'ultimo aspetto che ha assunto il principio della sovranità riferita ad un organo, e poiché il Parlamento, considerato nella sua pretesa unità, si esplica ed esaurisce nell'esercizio della funzione legislativa, la teorica che concepisce quest'ultima sciolta da limiti e vincoli giuridici, è un semplice corollario che deriva da quel principio.

Di esso converrà esaminare la consistenza, precisamente rispetto alla concezione del Parlamento come organo unico, giacché, per quel che riguarda i suoi estremi logici, astrattamente e generalmente considerati, s'è visto come si mostri infondato.

Ora il concetto di organo collettivo, in contrapposto a quello di organo semplice, composto cioè di una sola persona fisica, in tanto ha ragione di essere in quanto, avuto riguardo al modo del suo funzionamento, gli atti relativi si considerano come compiuti da esso, anche quando non tutte le persone che lo compongono vi abbiano collaborato, ma soltanto la maggioranza di queste in vario modo computata. In altri termini, il concetto di cui è parola sorge dal bisogno di contrapporre l'unità dei vari componenti l'organo ai singoli componenti medesimi e, principalmente, per poter mettere in rilievo che a formare quell'unità, non è necessario di regola il concorso di tutti i suoi elementi. Caratterizzano inoltre l'organo collettivo, la simultaneità dell'opera prestata dai vari suoi membri e lo scomparire, nell'unità dell'atto che

---

([2]) Afferma che il Parlamento non debba considerarsi come organo unico, ma senza alcuna dimostrazione, KULISCH, *Beiträge zum österreichischen Parlamentsrecht*, Leipzig, 1900, 5. Afferma il contrario SEIDLER, *Die Immunität der Mitglieder der Vertretungskörper nach österr. Rechte*, Wien, 1891, 73.

ne risulta, dei momenti diversi e delle diverse azioni che servirono a formare l'atto medesimo. Tutto ciò importa che la nozione di organo collettivo si confonde con quella di organo collegiale: è la figura del collegio che essa serve a designare e soltanto quella, e non si saprebbe indicare a quale altro scopo potrebbe essere utilizzata. Non solo: opinando diversamente, si va incontro a delle vere inesattezze. Gli atti degli organi collettivi, appunto perché il carattere di questi ultimi è la loro unità, sono degli atti non collettivi o complessi, che dir si voglia, ma semplici. Invece quando si ha uno di questi atti che per l'appunto diconsi collettivi, qual è precisamente l'atto che compie il Parlamento, cioè la legge, vuol dire che esso è da attribuirsi non ad un organo solo, sia pure collettivo, ma ad organi diversi. Il fatto che questi organi funzionano in modo da dare vita ad un unico atto non è sufficiente per farli considerare come un'unità. Si oppone a ciò il carattere dell'atto medesimo, che non è semplice; la necessità che alla formazione di quest'ultimo concorrano col loro consenso tutti gli organi di cui si tratta, non la loro maggioranza; la discontinuità di tempo, nonché di lavoro preparatorio e interno, con cui questi funzionano: l'autonomia, per dir così, di costituzione e di procedura con cui ciascuno di essi esplica la sua opera; ed altri elementi, forse di minore rilievo, che qui non importa di mettere in vista. Ciò basta perché si possa concludere che il considerare il Parlamento come un organo unico, non solo non ha importanza e non è in alcun modo utile, ma conduce ad un'inesatta concezione dell'atto cui collaborano quelli che sarebbero i suoi vari componenti, cioè della legge. Anche da questo punto di vista, dunque, non un solo organo costituzionale sta al vertice dell'ordinamento dello Stato italiano, ma una pluralità di organi, non subordinati l'uno all'altro, ma semplicemente coordinati: coordinazione che, né dal lato formale né da quello sostanziale, importa la loro unificazione.

Il principio per conseguenza, secondo il quale ogni Stato dovrebbe avere un organo sovrano, nel senso cui si è accen-

nato, si dimostra inesatto per uno dei suoi estremi: quello che riguarda la necessaria unità di quest'organo. Inesatto sembra che si dimostri eziandio per l'altro suo estremo, quello cioè della mancanza di limiti giuridici della sua competenza.

Già il fatto che esistono, non uno solo, ma molteplici organi costituzionali, l'uno dei quali sta accanto all'altro, potrebbe essere un indizio della necessità che a nessuno di essi sia attribuito un potere illimitato, che renderebbe impossibile la loro coesistenza. Ciò, tuttavia, potrebbe darsi che non avvenisse relativamente a quelle funzioni che sono esercitate, come la legislativa, col concorso di tutti questi organi: nel senso che la mancanza di limiti non verrebbe allora in considerazione nei rapporti fra tali organi, ma solo avuto riguardo al contenuto e all'efficacia dell'unico atto, che essi pongono in vita; atto, la cui assoluta e piena giuridicità sarebbe data dal conseguimento d'un accordo fra gli organi da cui emana e soltanto da questo accordo (3). Ciò è possibile, ma non è necessario che avvenga.

Necessario che un organo, che non ne abbia sopra di sé alcun altro, sia investito di una competenza illimitata, è soltanto quando l'organo medesimo è costituito da una persona fisica. Allora si ha la materiale impossibilità di una norma giuridica che circoscriva e definisca il suo potere, rimessa come sarebbe tale norma all'arbitrio di siffatta persona. Quando, invece, si ha un organo, composto di più persone, un collegio, allora cominciano ad aversi gli estremi che permettono d'imporre ad esso una regola di diritto, senza che questa sia priva della indispensabile sanzione. Per quanto difatti il collegio debba, dal lato, per dir così, esterno, considerarsi unico, resta pur sempre vero che, nella sua costituzione interna, è non solo possibile, ma naturale che i suoi

---

(3) Sembra che soltanto il limite che deriva dalla necessità di osservare certe forme e collaborare con altri organi sia ammesso per l'organo investito della sovranità, per esempio, da MEYER G., *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1892, 20.

componenti si contrappongano gli uni agli altri. Questa contrapposizione è sufficiente per imprimere carattere giuridico a quelle norme, a quei precetti, che possono essere rivolti al collegio medesimo. Alla maggioranza, per l'appunto, di questo ultimo, sarebbe affidato l'ufficio di opporsi e impedire le violazioni di diritto che alcuni suoi componenti potrebbero essere tentati di commettere. L'esercizio delle funzioni collegiali non si palesa esteriormente con atti che derivano da una volontà psicologicamente unica e il cui procedimento di formazione non è possibile controllare e dirigere senza che sopra tale volontà se ne ponga un'altra dotata di maggior forza giuridica. Nel collegio invece si ha il concorso di molteplici volontà individuali, che possono limitarsi, influirsi reciprocamente, impedire le illegittime invasioni di alcune di esse. In altri termini, a tal fine, il collegio può considerarsi come diviso, internamente, quasi in diverse parti: la maggioranza e la minoranza: alla prima è conferito il potere di garantire l'osservanza dei limiti imposti al collegio medesimo. Il principio della prevalenza della maggioranza di fa valere non solo nelle valutazioni di merito, di politica, e così via, ma anche nelle valutazioni puramente giuridiche. Né è a dirsi che in tal modo resta sempre insoluto il problema del come si possano impedire le violazioni di diritto volute dalla stessa maggioranza: un tal problema difatti rimane insoluto, non solo nel caso dei supremi organi costituzionali, ma in ogni campo del diritto. La sentenza del giudice, per esempio, cui è affidato risolvere le controversie fra privati, se pronunciata in ultimo grado, è definitiva: dall'impossibilità di un rimedio per le violazioni giuridiche che possono commettersi per l'appunto dal giudice di ultima istanza nessuno vorrebbe certo argomentare la mancanza di sanzioni efficaci che tolga al diritto privato il carattere di diritto. Quel che con l'anzidetto si è voluto dimostrare è che, anche ad un organo costituzionale, che non ne ha alcun altro sopra di sé, è possibile che si rivolgano dei comandi e divieti, che abbiano efficacia di norme giuridiche, purché la costituzione di quest'organo

sia collegiale. La loro sanzione o, meglio, le garanzie della loro osservanza non saranno esterne, ma interne: il che non vuol dire che esse manchino. Proprio come la competenza, per esempio, della Corte di cassazione è un potere non solo giuridicamente limitato, ma che deve svolgersi per intero secondo il diritto e ai fini di esso, nonostante che non sia controllato da nessun altro organo superiore.

Il ritenere altrimenti è un residuo, molte volte inavvertito, di alcune idee, comunemente ripetute, sui caratteri essenziali del diritto in genere. È comune l'affermazione che una norma solo è giuridica quando è fornita di una sanzione esterna, nel senso che la sua osservanza può imporsi alle persone che debbono ottemperarvi, da persone diverse da quest'ultime. Ciò è soltanto esatto quando si è nel campo del diritto privato, che da un lato si rivolge, in massima parte, a volontà psicologicamente individuali e, dall'altra parte, presuppone rapporti, che si svolgono fra persone che, essendo per l'appunto private, non possono avere l'ufficio di garantire esse medesime l'osservanza del diritto, compito che spetta ad enti rivestiti di autorità. Quando invece si è nel campo del diritto pubblico la cosa cambia totalmente di aspetto, e la sanzione della norma giuridica può essere interna, rispetto alla personalità o all'organo di questa cui la norma medesima si riferisce. Così il diritto internazionale trova le garanzie che ne fanno — contrariamente alla infondata opinione di alcuni — un vero diritto nella costituzione dei singoli Stati, che vi sono sottoposti: i vari congegni di tale costituzione, l'ufficio, cui le sue parti sono destinate, di osservare e tutelare l'altrui sfera giuridica, sia pure pertinente ad un altro Stato, il fatto che le violazioni a danno di uno Stato estero si risolvono, in ultima analisi, in violazioni del diritto interno, che non può non imporre il rispetto del diritto internazionale, sono tutti elementi che, nonostante la mancanza di un potere superiore, sottraggono all'arbitrio, almeno da un punto di vista generale, l'osservanza delle norme di cui è parola. Lo stesso avviene per molta parte del diritto costi-

tuzionale. Quelle regole di esso che si riferiscono agli organi immediatamente partecipi della sovranità dovrebbero considerarsi non giuridiche se non si ammettesse la possibilità che le loro garanzie abbiano quella natura che si è cercato di mettere in rilievo. Non già che in tal caso si abbiano, come a prima vista si potrebbe esser tentati di ammettere, delle *leges imperfectae*. Si è invece in presenza di norme che hanno raggiunto il massimo, per dir così, della raffinatezza e dell'efficacia di cui l'imperativo giuridico può essere suscettibile: si sono foggiati, cioè, i subbietti passivi degli obblighi che ne derivano in modo che essi non possano non ottemperarvi, senza ledere se stessi negli elementi vitali della loro costituzione: il dovere ha assunto il carattere di una funzione essenziale. Per raggiungere tale scopo, è stato necessario sostituire agli organi dapprima formati da una sola persona fisica degli organi collegiali, ed ove ciò non sarebbe stato possibile, come per la Corona, vietare che un organo potesse essere attivo senza il concorso di un altro; non solo: ma anche quando l'organo collegiale si avea, si è talvolta imposto, per l'esercizio di date funzioni, il concorso di altri collegi o organi individuali. In questa necessaria collaborazione di più individui o unità di individui, per l'esercizio di un'attività statuale — collaborazione, che implica la possibilità di una contrapposizione e di un reciproco controllo — si ha quella garanzia che conferisce piena giuridicità a certe norme che, altrimenti, ne sarebbero sfornite. Quando delle istituzioni fondamentali dell'odierno diritto costituzionale si voglia approfondire l'intima natura, essa, più che altrove, deve rintracciarsi nella possibilità che la norma del diritto penetri nelle più alte manifestazioni e si faccia sentire dai più alti organi dello Stato, in modo che nessuno di essi possa dirsi *legibus solutus*. Ciò si ottiene con quello che potrebbe chiamarsi sistema delle garanzie interne, per cui la difesa di un ramo del diritto riposa su un altro diritto, che, in un certo senso, può dirsi che faccia parte del primo o che col primo si trova intimamente collegato, e che, pur nondimeno, trova

in sé la forza di difenderlo. Così il diritto internazionale deriva la sua efficacia giuridica proprio dal diritto costituzionale, che pure è da esso vincolato; molta parte del diritto costituzionale, la sua parte superiore, trae efficacia, principalmente, da quella sua specialissima manifestazione, che è il cosiddetto diritto parlamentare.

Può esistere adunque un complesso di limiti giuridici che si riferiscono agli organi e alle funzioni più eminenti dello Stato. Si è visto come non abbia fondamento la veduta contraria, che in essi non vede la possibilità di una sanzione. Ugualmente infondate sarebbero altre difficoltà che potrebbero muoversi. Così, per esempio, si potrebbe obbiettare che, imposti dei limiti a tutti gli organi statuali, lo Stato stesso verrebbe ad essere, nella sua totalità, vincolato: il che contraddice al principio che è dallo Stato che il diritto emana, in modo che se il diritto medesimo lo vincola, ciò può avvenire solo per alcune delle sue manifestazioni e funzioni, non già per tutte, giacché sarebbe necessario, ad ogni modo, esentare quella delle sue funzioni, che è per l'appunto diretta all'emanazione del diritto. Si verrebbe altrimenti ad ammettere l'esistenza di un diritto che trascenderebbe, per dir così, lo Stato, che sarebbe una forza superiore a quest'ultimo, ricadendo in vecchie e disusate teoriche, da cui la scienza si è più o meno completamente liberata. Tale ragionamento però si fonderebbe su un equivoco. Egli è — come altra volta si è osservato (4) — che lo Stato si distingue nettamente e recisamente, non solo dai singoli suoi organi, ma anche dal complesso di tutti i suoi organi: ed è solo a questi ultimi che si riferiscono le limitazioni di cui è parola. Tale principio, che è a tenersi presente per parecchi punti del diritto pubblico, riceve una delle sue più eleganti e delicate applicazioni proprio nel problema che è argomento del presente esame. Per poco, difatti, che si badi all'origine dei princìpi, che di-

---

(4) V. *supra*, § 11, 42.

sciplinano le funzioni degli organi statuali, risulta che essi derivano dallo Stato medesimo o quanto meno attingono da quest'ultimo il loro carattere giuridico e la loro efficacia: se di limitazioni dello Stato vuol parlarsi, ciò non si può se non convenendo che si tratta di autolimitazioni; sono limiti che lo Stato impone a se stesso, per mezzo dei medesimi organi che debbono sottostarvi o per mezzo di altri organi; che risultano espressamente da apposite sue dichiarazioni di volontà e, implicitamente, da tutto il sistema del suo diritto positivo. Anche quando la loro efficacia è puramente consuetudinaria, quando cioè essi sono stati maturati ed elaborati dalla coscienza popolare, rientrano — e non è certo qui il caso di discutere sul rapporto della consuetudine con la legge — nel diritto, che è il solo diritto, che si concreta nello Stato e per lo Stato.

Rimarrebbe un'ultima obbiezione, che riguarda, più da vicino che le altre, i limiti della funzione legislativa. Ammettendo che questa sia, nel suo contenuto, vincolata, non si viene forse a rendere necessaria la conclusione che una parte, sia pure non estesa, del diritto vigente debba inevitabilmente rimanere immobilizzata e cristallizzata? Giacché — si potrebbe dire — se non agli organi legislativi, a chi spetterà il potere di modificare questa parte del diritto, quando una modificazione sarà resa necessaria o opportuna dalle mutate esigenze sociali? E, dall'altra parte, non è certo possibile sostenere che delle norme giuridiche siano destinate ad imperare in perpetuo o che la sostituzione ad esse di altre debba per necessità derivare da forze estranee o magari contrarie al diritto vigente.

Alla grave obbiezione è da rispondere che, quando di limiti alla funzione legislativa si parla, essi sono di tal natura da non escludere la loro rimozione o in via generale, quando si siano resi affatto privi di corrispondenza con i bisogni sociali, o in casi particolari, per cui la loro osservanza non sarebbe possibile. In altri termini, son limiti, non assoluti, ma forniti di una certa elasticità; elasticità che deriva,

non da deficiente giuridicità dei limiti medesimi, come a prima vista si potrebbe credere, ma dalla loro medesima natura e dal fine cui servono. C'è una specie di limite del limite, nel senso che la sospensione, la modificazione, l'abolizione di quest'ultimo, è sempre possibile, per opera degli organi che pur debbono ottemperarvi finché non sia necessario sospenderli, modificarli, abolirli. Si capisce che si è in presenza di norme, la cui imperiosità non può certo calcolarsi con la grossa misura, per dir così, che basta per le altre norme; son regole delicate e di delicata applicazione, che contengono princìpi e precetti così tenui che quasi svaniscono, se si trattano con eccessiva rigidezza. Ma tutto ciò sarà posto meglio in luce a proposito dell'esame in cui si accennerà ai singoli limiti e se ne chiarirà la natura.

La conclusione di quanto finora si è detto si può riassumere nelle seguenti proposizioni:

1) l'odierno diritto pubblico comporta l'esistenza al vertice dello Stato di parecchi organi, non subordinati l'uno all'altro, ma tutti immediatamente partecipi della sovranità, nessuno dei quali abbia un potere giuridico illimitato;

2) non è da mettersi in dubbio — conformemente a quella che può dirsi opinione generale — che, per diritto italiano, la funzione legislativa, in senso formale, è esercitata esclusivamente dalle due Camere e dal Re e non si rinviene traccia di nessun potere legislativo straordinario;

3) è parimenti indubitato che ai giudici, siano essi comuni che speciali, è sottratto qualsiasi controllo sulla legittimità sostanziale delle leggi. La massima estensione che il controllo giurisdizionale ha ricevuto, rispetto agli atti di autorità, è quella, del resto molto recente, che permette il suo esercizio sugli atti amministrativi. Ne sono esenti gli atti legislativi, sia per la mancata o, meglio, deficiente coscienza che anch'essi siano sottoposti, talvolta, a norme che ne limitino e definiscano il contenuto, sia perché quelle difficoltà d'ordine teorico e dottrinario che ostacolarono il controllo dei giudici sugli atti amministrativi si sarebbero ripresentate,

acuite, se la legge si fosse voluta sottomettere allo stesso trattamento di questi ultimi. Si aggiunga che ai corpi costituzionali, non solo per garantirne il libero e indipendente funzionamento, ma per conferir loro del prestigio ed assicurare la loro rispettabilità e dignità, si è voluto attribuire una posizione quasi di autonomia e di isolamento, per cui la loro attività è sindacabile soltanto dai corpi medesimi ([5]). Ciò ha dato luogo, fra le altre figure, a quella non ben definita dei cosiddetti *interna corporis*, dal cui esame, sebbene intimamente collegato con le indagini attuali, è d'uopo qui prescindere;

4) così essendo, il sistema delle garanzie destinate a difendere gli eventuali limiti imposti alla funzione legislativa non può essere che un sistema di garanzie interne, nel senso sopra meglio specificato. Ciascuna Camera deve, anzi tutto, vigilare, con i mezzi che le fornisce la sua organizzazione collegiale, che tali limiti siano osservati. In secondo luogo, poiché la legislazione è opera collettiva di più organi, se uno di essi esorbita dai suoi legittimi poteri, gli altri debbono costringerlo all'osservanza dei limiti, negando il proprio assenso al relativo progetto di legge. All'infuori di questi controlli, esercitati nell'unico modo che è consentito agli organi immediatamente partecipi della sovranità su se medesimi e su altri posti in uguale posizione giuridica, non ne sono possibili degli ulteriori: la legge, una volta formata, ha con sé la presunzione invincibile di essere conforme al diritto e le si deve, da tutti, obbedienza assoluta. Solo nella sua interpretazione, dovranno, come a suo luogo si dirà meglio, presumersi alla loro volta osservati, sino a prova contraria, i limiti cui andava incontro;

5) i limiti agli organi legislativi non derivano da un potere legislativo straordinario, che, come si è rilevato, manca,

---

([5]) V. benissimo lumeggiato, tale concetto, dal Rossi, *L'immunità dei deputati in sé e nella sua applicazione ai militari in tempo di guerra*, in *Archivio giuridico*, 1896, 6 ss. estratto.

ma risultano o dagli stessi organi legislativi che debbono obbedirvi, o da organi che prima ne facevano le veci e, in seguito, sono venuti meno, o dalla consuetudine, o dal sistema generale del diritto vigente. Il che implica che non si tratta di limiti di puro diritto razionale o teorico, ma di diritto positivo, nel senso più stretto della parola;

6) sarebbero, infine, dei limiti non assoluti, ma che, per la loro stessa natura, che permetterebbe la modificazione, la rimozione e la sospensione di essi, non implicherebbero l'immobilità di una parte del diritto.

L'anzi detto ha voluto soltanto dimostrare che, per diritto italiano, è *possibile* che esistano dei limiti della funzione legislativa, e che questa possibilità non è esclusa da alcuni princìpi comunemente affermati, che o sono infondati o sono in tutto compatibili con essa. Ma tali limiti esistono effettivamente e quali sono? È ciò che resta a vedere.

2. Giova intanto richiamare quel che si è detto sui modesti confini in cui il presente studio intende restringersi: non tutti i limiti della funzione legislativa esso vuole enumerare ed esaminare esaurientemente, ma solo alcuni meno dubbi o più importanti, per un abbozzo di teoria, che converrà riprendere ed illustrare altra volta.

Sarà opportuno cominciare dai più semplici ed evidenti.

E, in primo luogo, se si considera, anche fuggevolmente, la portata di tutte le definizioni che vengono date della legge e si ricordano le distinzioni, cui il concetto di questa ultima dà luogo, risulta, in modo chiaro, che il contenuto dell'atto legislativo, nello Stato moderno in genere e in quello italiano in specie, non può esser dato che o da una norma giuridica (legge sostanziale) o da un provvedimento amministrativo (legge soltanto formale). Sebbene, a quel che sembra, non si sia escluso espressamente, pure si è sempre trascurato di mettere in evidenza l'impossibilità che una legge sia un atto giurisdizionale. Da questa che potrebbe sembrare una semplice omissione, è invece a trarsi un principio di capitale

importanza, che se non è stato formulato, si può dire che formi un presupposto di tutte le teoriche, cui si accenna: e la sicurezza di esso in tanto risulta maggiore, in quanto il fatto che viene sempre ed in ogni caso sottinteso può interpretarsi nel senso che è impossibile che se ne dubiti. Questo principio consisterebbe nel divieto fatto al Parlamento di esercitare, collettivamente ed a prescindere dalle note competenze giurisdizionali di cui è dotata ciascuna Camera per conto suo, una funzione giudiziaria. Si è detto « divieto », e meditatamente: che, nella nostra pratica parlamentare, non vi sia stato mai nessun caso di un atto di giustizia, nel senso stretto e tecnico della parola, compiuto per legge, non pare che sia un semplice fatto risultante dalla mancanza di opportunità che le forme della funzione legislativa siano adoperate a quel fine. Più che di un fatto, sia pure motivato da ragioni, quasi invincibili, di convenienza e di impossibilità pratiche, si è in presenza di uno dei più fondamentali princìpi del nostro diritto pubblico. Non importa che esso non si trovi espressamente scritto nelle nostre leggi, giacché risulta in modo chiaro e non equivoco da tutto il complesso della legislazione. Già l'esercizio della funzione giudiziaria non può compiersi se non con l'osservanza di forme e garanzie specifiche e seguendo un procedimento che attiene alla parte sostanziale della funzione stessa: forme, garanzie e procedimento che non sono compatibili con l'organizzazione parlamentare, con la necessità del lavoro legislativo, con la natura di quest'ultimo, cui prendono collettivamente parte tre organi diversi. Ma, a prescindere da tutto ciò, restano sempre degli argomenti, per dir così, esegetici: e vi ha la disposizione dello Statuto per cui niuno può esser distolto dai suoi giudici naturali e non potranno perciò essere creati tribunali o commissioni straordinarie ([6]), disposizione questa che sembra contenga una norma anche per gli organi legislativi e comprende in sé implicito il principio che nessuna altra autorità, tranne quelle al-

([6]) Art. 71.

l'uopo e positivamente istituite da una norma generale, è investita di giurisdizione. Nessun altro ramo dell'attività statuale, più che la giustizia, ha bisogno di esser condotta con istituti e precetti che si riferiscono all'universalità dei casi e il divieto di seguire delle vie speciali per un caso singolo ha motivo di esser rivolto più agli organi, i cui atti una volta emanati, hanno valore assoluto, che agli altri che non potrebbero contravvenirvi senza andare incontro a numerose sanzioni. Il giudice, del resto, dev'essere, per dir così, preordinato e la sua competenza deve positivamente risultare: ciò che non si potrebbe dire del Parlamento, le cui funzioni normali son ben diverse e nessuna legge gli attribuisce quella di sottrarre ai giudici naturali una controversia determinata. E si tenga anche il debito conto di quell'altra disposizione dello Statuto, per cui la giustizia emana dal re, ed è amministrata, in suo nome, dai giudici che egli istituisce (7). A prescindere da tutte le altre conseguenze che da tale disposizione sono a trarsi, la formula, a dir vero, arcaica: « la giustizia emana dal re » sembra che segni un'assoluta divisione di competenze, dalla quale resta escluso l'intervento nell'esercizio di tale funzione, di qualsiasi altro organo. Dato dunque il sistema del nostro diritto vigente, un potere spettante al Parlamento di emanare, con forma di legge, atti giurisdizionali non solo non risulta espressamente conferito — come pur sarebbe necessario, avuto riguardo alla natura della funzione giuridica — ma sembra incompatibile con i princìpi più fondamentali. Il che si potrebbe avvalorare anche con argomenti desunti dall'indole, che un lungo procedimento storico ha conferito agli organi legislativi, nonché all'atto, obbiettivamente considerato, che da essi deriva: per converso, si potrebbe avere una riprova in un esame, anche superficiale, dei caratteri che l'attività giurisdizionale è venuta assumendo. Essa è la funzione che, sotto l'impulso di bisogni facili a comprendersi, più si differenzia dalle altre, acquistando quasi un'autonomia,

(7) Art. 68.

in modo che mal tollera che il suo esercizio si compia insieme a quelli di altre funzioni: la figura del giudice è la figura più distinta tra quelle degli organi statuali ([8]): l'amministratore si confonde col legislatore più di quello che non avvenga, in casi per il nostro diritto eccezionale, fra l'amministratore stesso e il giudice. Questo poi e il legislatore non hanno punti di contatto, e non devono averli, giacché il motivo che nei riguardi dell'amministratore consiglia quelle eccezioni, cui si è accennato, è dato dal fatto che si tratta di giudizi in cui l'amministrazione stessa è interessata più o meno direttamente: il che non può darsi per gli organi legislativi, il valore dei cui atti, una volta emanati, non può essere discusso. Si aggiunga per ultimo — e sembra che ciò abbia la sua importanza — che una legge contenente la soluzione di una determinata controversia avrebbe la natura di una legge d'interpretazione ed è requisito di quest'ultima la generalità ([9]): interpretare autenticamente la legge per un solo caso non si può, giacché ciò implicherebbe una contraddizione logica in nessun modo eliminabile. Sarebbe necessario vedere in quell'interpretazione sottintesa la dichiarazione che anche per gli altri casi identici, essa è la vera: data la fonte da cui emana, tale dichiarazione avrebbe valore pieno, ed una sentenza acquisterebbe, sia pure indirettamente, i caratteri e l'efficacia d'una norma generale.

Il limite dunque che gli organi legislativi incontrano nell'esercizio della funzione giurisdizionale è limite assoluto, che implica l'assoluto divieto dell'esercizio medesimo. Non così invece è a dirsi della funzione amministrativa, che in gran parte — a prescindere da motivi di opportunità e di fatto che ciò impediscono — può compiersi in forma di legge. An-

---

([8]) Cfr. JHERING, *Das Zweck im Recht*, Leipzig, 1884, 389.

([9]) Ciò, a prescindere da ogni argomento teorico, si potrebbe, ragionando *a contrario*, ricavare dall'art. 73 dello Statuto: « l'interpretazione delle leggi, in modo *per tutti* obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo ».

che qui, del resto l'attività parlamentare appare vincolata. Ed anzi tutto positivamente. Ci sono atti amministrativi che il Parlamento non può fare a meno di emanare. Senza riprendere vessate questioni, basti un semplice accenno alla legge del bilancio, che non solo i princìpi generali, ma tutta una serie di disposizioni positive ([10]), rendono obbligatoria rispetto agli organi nella cui competenza essa rientra. E tali disposizioni, non solo fanno di siffatta legge un atto necessario, ma precisano i limiti di tempo entro i quali esso dovrà compiersi, imponendo così un obbligo del quale, nella generalità dei casi, non può dubitarsi, nemmeno se sulla legittimità del rigetto del bilancio si accolgano idee diverse da quelle comuni. Esempi di altre leggi necessarie si rinvengono e non rari: si possono citare: la legge con cui annualmente si fissa il contingente della leva, quella con cui si dovrà, nella prima legislatura dopo l'avvenimento del re al trono, stabilire la dotazione della Corona, quelle con cui si provvede agli assegni, agli appannaggi, alle doti dei membri della famiglia reale; e così via. Infine, sembra che possa con sicurezza stabilirsi il principio che, se un caso si presenti in cui sia necessità emanare un provvedimento amministrativo, e, avuto riguardo all'indole del provvedimento medesimo, che magari debba essere *contra legem*, non siano competenti le autorità amministrative ordinarie, la competenza del Parlamento assume carattere di obbligatorietà.

Ma, oltre che l'obbligo degli organi legislativi di procedere a determinati atti, sono altresì da rilevarsi i limiti svariati, che essi possono incontrare riguardo al contenuto materiale della loro attività, che si svolge nel campo dell'amministrazione. Basterà accennarne qualcuno. Caratteristici sono quelli già altre volte da noi messi in luce ([11]), che si riferiscono a quegli atti che non possono dirsi compiuti dal Parlamento,

---

([10]) Cfr. la legge sulla contabilità generale dello Stato.

([11]) *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, Milano, 1898, specialmente 25 ss.

giacché mantengono, così sostanzialmente come formalmente, il carattere di atti amministrativi, ma sono da esso soltanto approvati. Siccome tale approvazione non ha lo scopo di conferire all'autorità amministrativa un potere che questa non ha, ma soltanto quello di riconoscere e rendere attuale una facoltà che essa già per conto suo possiede, è chiaro che l'approvazione medesima non può impartirsi ad atti che contengono violazioni di leggi: non una legge di approvazione si avrebbe, se così non avvenisse, ma, secondo i casi, una legge di delegazione, di ratifica o altre figure simili. Così è noto che, a proposito del bilancio, sebbene la pratica parlamentare non abbia mai adottato un criterio decisivo sul riguardo, la dottrina più autorevole ha proclamato il principio che col bilancio non possono modificarsi le leggi preesistenti. A parte le varie ragioni con cui si cerca di giustificare tale principio, che sembra un semplice corollario dell'altro cui si è accennato, quel che qui importa di mettere in rilievo si è che esso implica un limite cui gli organi legislativi vanno incontro. E, sempre in materia di bilancio, si ricordi il divieto, non da tutti ammesso, ma che pur non manca di fondamento, che in esso si introducano delle spese d'iniziativa parlamentare; si ricordino altresì i limiti che derivano dalle esigenze e dalle forme tecniche, cui, secondo la legge di contabilità, il bilancio deve conformarsi.

Anche in altri campi, l'attività legislativa non può concepirsi come un'attività completamente libera. Si pensi, per esempio, alle leggi di ratifica. Certo il Parlamento non è, di regola, vincolato nell'apprezzamento delle ragioni che poterono indurre l'autorità governativa all'emanazione di un atto contrario alle leggi generali: i criteri con cui a questo apprezzamento dovrà procedersi costituiscono dei veri poteri discrezionali. Ma questo potere, per quanto ampio sia, è evidente che subirà delle necessarie restrizioni, non solo perché esso, oltre che su apprezzamenti, si fonda su dei fatti concreti, ma anche perché questi possono essere di tal natura da non ammettere, una volta accertati, adito a dispareri di

sorta. La ratifica in questi casi è un provvedimento che ben può dirsi obbligatorio, nel senso che non può negarsi senza evidente ingiustizia. In tale materia, la funzione del Parlamento è in molti punti analoga a quella del giudice e in un giudizio — in senso largo — essa si risolve: fermi alcuni presupposti, che possono essere soltanto di fatto, il giudizio stesso scaturisce così come dettano le esigenze della logica.

Altri limiti che gli organi legislativi incontrano nella loro attività che si riferisce all'amministrazione sono o simili o identici, anche per il loro fondamento, a quelli cui vanno soggetti nell'esercizio della funzione legislativa in senso sostanziale, e saranno insieme ad essi accennati.

È precisamente in quest'ultimo campo che sorgono le più gravi difficoltà e la teoria che qui si discute può essere validamente contrastata. E in vero, se la competenza giurisdizionale e amministrativa è di regola affidata ad altri organi, che non sono i parlamentari, si comprende come, in riguardo ad esse, l'attività di quest'ultimi possa venire o affatto esclusa o più o meno limitata, costituendo questa un'eccezione, che, anche quando appare larghissima, non perde questo suo carattere. Ma, riguardo alla statuizione, in via astratta e generale, del diritto, si ha una materia in cui la competenza di qualsiasi organo, che non sia il Parlamento, appare subordinata a quella di quest'ultimo, del quale costituisce un'attività che ben può dirsi specifica. Nessun dubbio, che la legge potrebbe in astratto assorbire e far sue tutte quelle materie che formano comunemente oggetto di norme giuridiche scritte: in tutti i casi in cui è ammissibile che un'autorità dichiari una regola di diritto, quest'autorità può essere il Parlamento. Il problema dei limiti della funzione legislativa, intesa in senso sostanziale, deve porsi altrimenti: esso deve indagare se, pur non esistendo un potere legislativo straordinario, il Parlamento abbia il potere di legiferare su tutti i punti del diritto, in tutti i casi, e, solo che il voglia, in tutti i sensi. Va da sé che qui si prescinde dal prendere in considerazione quei limiti che non risultano da una norma

giuridica propriamente detta, ma dalle esigenze della giustizia largamente intesa, da tutte quelle forze sociali, morali, politiche cui gli organi legislativi, più degli altri, non è possibile che si sottraggano. Qui è parola soltanto dei limiti giuridici *stricto sensu*, il che vuol dire dei limiti che derivano dal diritto positivo vigente.

Com'è naturale, non è il caso di riprendere, a questo proposito, l'antica questione della modificabilità dello Statuto per mezzo della legislazione ordinaria: questione così largamente discussa, che da un novello esame poco potrebbe avvantaggiarsi riguardo agli argomenti che si son portati in difesa dell'una e dell'altra soluzione. Sembra tuttavia che quanto si è cercato di porre in luce nelle pagine precedenti permetta una più esatta interpretazione della soluzione che può dirsi comune, in modo che questa viene ad acquistare un aspetto e una portata molto diversi da quelli che generalmente le si attribuiscono. Com'è noto, è quasi pacificamente ammesso che il Parlamento possa procedere, e in molti casi vi ha proceduto, alla modificazione del nostro Statuto, rientrante nel nel tipo delle costituzioni flessibili. Tuttavia, ogni volta che siffatta opinione si enuncia, e nella dottrina e nella pratica parlamentare, si sente il bisogno di aggiungere che a tali modificazioni si deve procedere solo quando esse sono rese inevitabili e dai mutati bisogni e da una matura e ben accertata opinione pubblica. Ma di ciò si fa un semplice precetto di saggezza e di prudenza politica, e la figura del limite giuridico non trova alcun modo di concretarsi. Se però si bada all'insistenza con cui quella specie, per dir così, di riserva vien ripetuta, sorge spontaneo il dubbio se in essa non si celi un principio, che non è solo di convenienza, ma che, bene sviscerato e, soprattutto, formulato convenientemente, acquista natura e sostanza di un principio giuridico, nel senso più vero della parola.

Inutile qui ripetere — data la necessaria brevità dello scritto ed anche la loro evidenza — tutte quelle ragioni che possono addursi in favore della tesi che inclinerebbe a vedere

nello Statuto una legge d'ordine superiore: ragioni, la cui consistenza sarebbe, più che dogmatica, storica, ma che certo non sono da considerarsi come trascurabili. Esse difatti non vengono — e non lo si potrebbe — direttamente oppugnate e distrutte: ma solo, per dir così, neutralizzate da altre, che stanno a sostegno della tesi opposta e che appaiono più forti. Anche da ciò si potrebbe trarre motivo a dubitare che non l'opinione comune sia la vera, ma un'altra, in cui quelle contrarie ragioni si compongano armonicamente e vengano in reciproco aiuto. Si tratterebbe di attribuire da un lato allo Statuto il carattere di una legge, che il Parlamento non può considerare modificabile da esso stesso come tutte le altre e, nello stesso tempo, di riconoscere tutto il valore del principio che, in mancanza di altri organi legislativi, e data l'impossibilità che una parte qualsiasi del diritto resti immobilizzata per sempre, è il Parlamento cui in ultima analisi deve riconoscersi la competenza di derogarvi. Il che vuol dire che tale competenza esso ha, ma non illimitatamente. Ora, senza entrare in dettagli e intraprendere lunghe dimostrazioni, sembra che l'esame di tutti i casi in cui s'è modificato lo Statuto, il bisogno di conciliare quelle opposte ragioni cui s'è accennato, i corollari che sono a trarsi dalle indagini che hanno formato obbietto del presente studio, contribuiscono a rendere accettabile la seguente conclusione: Il Parlamento può modificare lo Statuto solo quando la modificazione è imposta:

1) dalla necessità, intendendo designare con tale parola, adoperata in senso tecnico, quella necessità che è la fonte prima del diritto, di quel diritto che scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali, in modo così categorico, esplicito, certo, da non permettere che tra i bisogni sociali stessi che determinano la norma giuridica e il rinvenimento e la dichiarazione di quest'ultima si frapponga l'attività razionale degli organi competenti a questa dichiarazione. La necessità, così intesa, non è un presupposto della *regula iuris*, ma è essa stessa diritto, nel senso che questo è un suo prodotto immediato e, per dir così, di primo grado; il legisla-

tore non fa che prenderne atto e consacrarla, non in quel modo largo, che gli concede un'ampia libertà, con cui, come comunemente si dice, egli non inventa, ma raccoglie e dichiara il diritto che rinviene nella coscienza generale, ma in modo, per dir così, coattivo, che esclude la sua mediazione intellettuale, personale. Inoltre, nel concetto di necessità potrebbero, a tale fine, comprendersi anche certe salienti e impellenti manifestazioni della coscienza pubblica, che reclamano una riforma in qualche parte della vita costituzionale dello Stato. In questo caso il legislatore ha una parte alquanto diversa e più libera: l'opinione pubblica può imporgli che una riforma s'introduca — ed a ciò si limita l'elemento della necessità, cui egli obbedisce — ma per la sua stessa natura non è in grado di suggerirgli e precisargli le modalità della riforma stessa. Si comprende come in questa materia si è agli estremi confini della norma giuridica, che non può avere una rigidezza e una precisione assoluta: il grado della necessità, la sua natura, i confini entro cui deve ad essa ottemperarsi non possono essere determinati con criteri *a priori*. Sembra tuttavia che consistenza giuridica abbia quel precetto che vieti agli organi legislativi la dichiarazione di nuovo diritto che non sia motivata da una necessità, intesa così nel primo, più ristretto, come nel secondo, più largo, dei sensi, cui s'è accennato;

2) ed in secondo luogo, allo Statuto può derogarsi allo scopo di riconoscere una consuetudine, che già abbia acquistato carattere e forza di consuetudine giuridica ([12]). Va da sé che, per venire a tale conclusione, è mestieri attribuire a questa fonte del diritto efficacia abrogativa di una legge. E ciò sarebbe in tanto più grave in quanto non una legge comune perderebbe, per mezzo di essa, il suo valore, ma una legge superiore, che gli stessi organi legislativi non sarebbero pienamente liberi di modificare. Tuttavia un attento esame delle

---

([12]) Alla modificabilità dello Statuto solo per via di consuetudine avea accennato il LAMPERTICO, *Lo Statuto e il senato*, Roma, 1886, 103, più chiaramente e incisivamente che altri.

ragioni che hanno talvolta indotto il Parlamento all'emanzione di norme, che non son certo in armonia con quelle statutarie, mostra che tali ragioni si rinvengono nella desuetudine in cui quest'ultime erano cadute. E gli esempi sono così noti che ci si può credere dispensati dall'accennarvi. Questo in linea di fatto. La teoria però potrebbe aggiungere a spiegazione e giustificazione del singolare fenomeno che in tutti i diritti che, per loro indole o per incompleto sviluppo, non hanno raggiunto un grado di obiettiva e assoluta certezza, è necessario che la consuetudine abbia un valore di gran lunga superiore a quello della legge. Questa, con la sua rigidezza, con la sua precisione, non riesce a rendere esattamente la norma giuridica, quale vige e funziona nella pratica, quando tale norma è di una elasticità, di una tenuità che la forma, per dir così, plastica della legge non riesce a oggettivare. In tal caso, è necessità di cose che la consuetudine pigli, appena il può, il sopravvento e si faccia valere, vincendo i non validi freni ad essa apposti. Sembra anzi che, per quanto si riferisce al diritto costituzionale, alla consuetudine non possa non attribuirsi una forza, che è ancora maggiore di quella che dà luogo alla figura della consuetudine abrogativa. Ma di ciò a momenti;

3) in terzo luogo, infine, sembra che l'attività del Parlamento possa, rispetto allo Statuto, esplicarsi non già per modificarlo, nel senso vero e proprio della parola, ma per integrarlo. Il che vuol dire che alle norme in esso contenute altre se ne possono aggiungere che, o sono in quelle implicite, o anche sono del tutto nuove. Veramente, questa integrazione, se si consideri a rigore, è anch'essa una modificazione; ma una modificazione, che non influisce sull'espressione formale della norma, che rimane intatta, ma soltanto sulla sua interpretazione, che circoscrive, definisce, rende più ampia o più ristretta di quel che prima non fosse. Una legge d'integrazione, in questo senso, è qualche cosa che sta di mezzo fra la legge modificatrice e la legge di interpretazione; e si pensi che, anche quando l'interpretazione è puramente dottrinale, è incerto fino a che punto, in taluni casi, come

in quello dell'analogia, essa non determini norme nuove. Possono rientrare nella categoria, cui s'è accennato, tutte quelle modificazioni dello Statuto, che, per usare una espressione comune, si dicono indirette, e che sono le più frequenti, come quelle che la pratica è meno restìa a introdurre, perché salvano sempre la forma, l'apparente efficacia della disposizione, che modificano, del resto, più per riverbero, che per altro, assegnandole una diversa posizione nel sistema generale del diritto vigente.

Un primo limite dunque la funzione legislativa sostanziale incontra, non assoluto, ma con temperamenti abbastanza larghi, nello Statuto, nel senso che brevissimamente si è cercato di mettere in luce. Altri limiti si possono annoverare. Così è opinione, che non sembra possa mettersi in dubbio, che i trattati internazionali, vincolando l'intero Stato, vincolino anche gli organi legislativi ([13]). Questi non possono emanare norme che siano in contraddizione con gli obblighi dallo Stato legalmente assunti verso un altro Stato, a meno che ciò non sia imposto dalla necessità, sia pure quella che conduce all'esercizio del *ius belli*. Solo la necessità può giustificare un'infrazione siffatta: questa, altrimenti, appare del tutto antigiuridica, non solo rispetto al diritto internazionale, ma anche rispetto al diritto costituzionale, che del primo, come s'è avuto occasione di dire, costituisce la garenzia, nel senso che di esso impone l'osservanza.

Ed altri limiti ancora sono da annoverarsi. Già, un momento fa, s'è osservato che alla consuetudine spetta, in questo campo, un'efficacia non sempre esattamente valutata. Per solito, essa

---

([13]) BURGESS, *op. cit.*, I, 53; JELLINEK, *Gesetz u. Verordnung*, Freiburg im Breisgau, 1888, 261 ss.; ID., *Das Recht des modernen Staates*, Berlin, 1900, 564 ss.; CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo. Legge e ordinanza (decreti e regolamenti)*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* a cura di ORLANDO, III, Milano, 1901, 64; DIENA, *Se e in quale misura il diritto interno possa portare limitazioni alle obbligazioni internazionali*, in *Studi senesi*, voll. 17-18, (1901), ecc.

si concepisce come una fonte del diritto che, al più, riesce ad abrogare una legge già formata: sembra però che le si debba anche riconoscere un valore che va ancora indietro, per dir così, di questo momento, in quanto agisce non sulla legge esistente, ma sulla competenza degli organi legislativi, impedendo che una legge questi emanino, che vi contraddica. Non è giuridicamente inammissibile che una legge non possa fare ciò che la consuetudine può ([14]): invece la consuetudine stessa può limitare l'estensione della competenza legislativa. Ci sono consuetudini così forti e così costituzionali, le quali attengono al fondamento della vita dello Stato, che dominano, per dir così, tutte le manifestazioni di quest'ultimo, comprese le più alte. E non si saprebbe del resto, trovare in astratto una sola ragione per cui, ammettendo che la consuetudine possa avere influenza sulle funzioni amministrative e giudiziarie dello Stato, debba ad essa sottrarsi la funzione legislativa. Che questa, nel suo esercizio, debba muoversi entro i limiti ad essa assegnati, fuori il campo strettamente giuridico, dai princìpi della cosiddetta giustizia è così ovvia che non può mettersi in dubbio, è principio affermato dalla scuola che riconnette il diritto alle esigenze del razionalismo e dall'altra che ne fa un'emanazione diretta dei bisogni sociali: sia la giustizia ragione, sia esigenza materiale, è certo che da essa il diritto deve scaturire. Ora se la giustizia rappresenta un limite — per la sua stessa natura — non giuridico del legislatore, a maggior ragione deve ammettere che un limite egli possa incontrare — questa volta, per sua natura, giuridico — nella consuetudine, costituita sempre da norme di giustizia che son venute acquistando un maggior grado di consistenza e di oggettivazione. Ma, a prescindere da questi argomenti d'ordine teorico e filosofico, si potrebbe scendere a dimostrazioni più concrete.

([14]) Come, invece, afferma il Longo, *Della consuetudine come fonte del diritto pubblico*, Palermo, 1892, 68, formulando espressamente un principio da tutti, spesso tacitamente, accettato.

Alcune delle norme — le più sostanziali, e, nello stesso tempo, le più delicate — che regolano l'istituto del Governo di gabinetto e che sono com'è noto, del tutto consuetudinarie, non sembra che possano abolirsi o modificarsi per via di leggi. Si dice comunemente che questa non sarebbe in grado di rendere tutta quella elasticità e flessibilità che tali norme posseggono e debbono possedere, in modo che in tale materia una legge non sarebbe possibile per insormontabili difficoltà tecniche. Ed a parte tali difficoltà, resta sempre vero che un motivo che concorre a sottrarre al dominio della legge siffatto campo è la necessità che certi istituti siano retti dalla consuetudine e solo da essa, perché essa soltanto è in grado di adattarsi, di piegarsi, di seguire le impercettiblli mutazioni del sentimento della giustizia, che un procedimento più riflesso e più lento non coglierebbe affatto e non coglierebbe bene. Ne deriva che una legge la quale consacri queste consuetudini è inutile, perché ne consacrerebbe i momenti più esteriori, quelli che hanno meno bisogno di esser dichiarati: l'istituto continuerebbe a funzionare come se la legge esistesse; questa poi, se è alla consuetudine contraria, si può dire che nasce morta.

Già a ben altro proposito, che ben può venire in considerazione a dimostrare meglio la tesi che qui si difende, è stato osservato ([15]) che tutto il diritto scritto ha la sua base in un diritto tacito, fondamentale, immediata emanazione delle forze sociali ordinate, che non può essere che essenzialmente consuetudinario e che *governa le leggi*. Da ciò l'opinione, autorevolmente sostenuta, che le norme le quali formulano precetti d'interpretazione delle leggi non hanno « come legge quasi alcun valore perché la consuetudine, secondo l'esperienza c'insegna, rivendica tacitamente il suo impero su tutta questa parte del diritto fondamentale. E chi detterà infatti le regole per l'interpretazione e l'applicazione delle leggi re-

---

([15]) SCIALOJA V., *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, in *Scritti in onore di F. Schupfer*, cit., 306.

lative all'interpretazione? ». Egli è che tutto il diritto scritto retrotrae, per dir così, ad una specie di diritto consuetudinario, cui non solo non domina, ma dal quale viene dominato, quasi penetrato. Da questo punto di vista e in questo senso, non sembra inesatto rinvenire nella consuetudine un limite della funzione legislativa. E a proposito dell'inosservanza di tale limite potrebbero farsi questioni eleganti. La legge che contravvenisse ad una consuetudine, che non ne avrebbe permesso l'emanazione, può dirsi che abroghi questa consuetudine, in maniera che, cadendo poi essa stessa in desuetudine, ciò è a ritenere che avvenga per una consuetudine posteriore alla sua formazione? oppure è a credersi che quell'efficacia essa non abbia, che la consuetudine non perda mai il suo vigore e che ad essa si deve se la legge rimane paralizzata, se, come sopra s'è detto, essa nasce morta? Tutto ciò, ad ogni modo, non interessa il nostro studio attuale, cui basta l'esser pervenuto alla constatazione del limite del quale s'è fatta parola.

Forse distinti da esso debbonsi ritenere altri limiti che tuttavia presentano delle grandi analogie con quello cui s'è accennato. Ci sono certi princìpi giuridici così fondamentali — siano scritti o non scritti, poco importa — che non è possibile non vincolino il legislatore. Sembra che non poche di quelle che si danno comunemente come regola d'interpretazione delle leggi, traggano il loro fondamento per l'appunto dal fatto che si ricollegano a tali princìpi, che gli organi legislativi debbono conservare. È solo per ciò che l'interprete, sino a prova contraria, deve presumere che non si sia ad essi contravvenuto; se si prescinde da questa spiegazione, non si saprebbe indicare da dove tali precetti ricavino il loro valore. Giacché essi non sono di semplice logica, ma contengono qualche cosa di più sostanziale, che, magari, per la sua evidenza, s'è venuta quasi obliterando, in modo da fare loro assumere il carattere di postulati, ma che, ciò nondimeno, si traduce in regole giuridiche. Siffatte regole, rispetto agli individui che debbono obbedire alle leggi, qualunque sia il loro contenuto, non possono essere che regole

d'interpretazione, di fronte al legislatore sono limiti. Così sembra che sia da ritenersi per il principio che vieta la retroattività della legge, per l'altro connesso che impone il rispetto dei diritti quesiti ([16]), per l'altro ancora che va sotto il nome di principio dell'uguaglianza, donde lo sfavore con cui sono guardate le leggi che consacrano un *ius singulare*, e il divieto d'interpretarle estensivamente. Si dirà: in tutto ciò non può vedersi che una tendenza, cui sarà bene che l'attività legislativa secondi, ma non delle norme giuridiche dirette al legislatore, perché non è certo illegittimo che questi vi contravvenga in alcuni casi, e non è possibile precisare quando questi casi ricorrano. Sono norme di giustizia, non di diritto: leggi retroattive possono esservi e se ne fanno ogni giorno; leggi che, nell'interesse pubblico, attenuano o estinguono diritti acquisiti sono anche frequenti; il principio dell'uguaglianza non esclude la coesistenza accanto al *ius commune* di un *ius singulare* che c'è sempre stato e non può non esserci. Manca, dunque, si potrebbe dire, in tutte queste regole quel grado di consistenza, che occorrerebbe per renderle giuridiche. Ma ciò non sembra del tutto esatto. A quei princìpi si può contravvenire per necessità o anche per semplice utilità pubblica, ma solo per questo motivo: se vi si contravviene per altra ragione, il Parlamento esorbita da limiti, che non possono non definirsi giuridici. Esso è rivestito in tale campo di poteri discrezionali; ma la figura del potere discrezionale richiede per l'appunto che di esso si faccia uso conforme alle finalità da cui il potere medesimo deriva; si ha altrimenti uno sviamento di potere, che costituisce una violazione di diritto, nel senso più proprio della parola. Son concetti questi di

---

([16]) *Contra*: MEYER G., *op. cit.*, 505; GERBER V., *Grundzgüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1880, 38, 40, 207. Potrebbero a questo proposito venire in considerazione i cosiddetti diritti fondamentali, garantiti dalla costituzione, degli individui: cfr. JELLINEK, *op. ult. cit.*, 336; ma al problema, tutt'altro che semplice, è bene limitarsi ad accennare.

comune applicazione riguardo alle competenze degli organi amministrativi e non si saprebbe indicare il perché non possono riferirsi, nella loro generalità, al Parlamento. In certi campi della sua funzione legislativa, questo non ha poteri sconfinati, ma poteri discrezionali, il che vuol dire limitati, se non altro, dall'obbligo di farne uso per dati motivi.

E ci son casi in cui ciò appare evidente: certe leggi non possono, per la loro stessa natura, essere determinate se non da una necessità ([17]). Le cosiddette leggi eccezionali in tanto possono giustificarsi in quanto si mostrino necessarie. Meglio ancora: una sospensione delle guarentigie costituzionali, uno stato d'assedio, che sia decretato dal Parlamento, non può fondarsi che sulla necessità, proprio come nel caso che tale provvedimento sia preso dal Governo. Che, se questa manchi, si avrà una violazione del diritto.

E tutta una serie di controversie eleganti, di princìpi delicati, di considerazioni attinenti ai punti più fondamentali del diritto pubblico, potrebbe essere da tali punti di vista utilmente ripresa e formare obbietto di uno studio, cui fossero consentite proporzioni maggori che non al presente. Il quale — è bene ripeterlo — ha dovuto, per ora, limitarsi a delle semplici considerazioni preliminari, disegnando a grandi linee, anche quando occorreva il rilievo di particolari importantissimi.

([17]) Cfr., Bischof, *Das Notrecht des Staatsgewalt in Gesetzgebung u. Regierung*, in *Archiv für das off. R. des d. Bundes*, B. III, H. 3., 1 ss.; Meyerg, *op. cit.*, 25; Gerber, *op. cit.*, 43 in nota.

IV

LE PRIME CARTE COSTITUZIONALI

Discorso inaugurale dell'anno accademico 1906-1907 nella Regia Università di Modena, da *Annuario dell'Università di Modena*, 1907. Ripubblicato in *Prolusioni e discorsi accademici*, Modena, 1931, 36.

Se è vero che la notte misteriosa delle età remote attrae di frequente, più che non i crepuscoli dei tempi appena trascorsi e che l'interesse della storia cresce quindi in ragione della lontananza, in cui essa cerca di proiettare la luce della sua indagine, non è men vero che un fascino del tutto speciale hanno quelle epoche, il cui inizio si rinviene in secoli tramontati, ma che, ancora non chiuse, si prevede che in sé comprenderanno un non breve avvenire. Però esse presentano speciali difficoltà a chi ne fa oggetto del suo studio: nel loro esame, infatti, occorre difendersi, non soltanto dai difetti di vista, che sono il pericolo dello storico, ma anche dalle visioni, che facilmente persuadono al mestiere di profeta, e dai miraggi, che così spesso inducono nell'illusione di potere, oltre che conoscere, dominare e foggiare a proprio modo il futuro. Ciò che in tali casi si può scrutare e, soprattutto, ció che si può giudicare è assai poco di fronte a quello che è necessità resti un enigma: donde il dovere di essere, in particolare misura, prudenti, discreti e sereni.

È oramai trascorso un periodo di tempo, che supera di non poco il giro di un secolo, da quando si ebbero le prime carte costituzionali, nel senso moderno della parola; intorno ad un siffatto avvenimento, quasi come intorno ad un centro di gravità, se ne raggruppano e coordinano infiniti altri, che parrebbe dovessero spiegarlo e chiarirlo: rivoluzioni e guerre, che insanguinano l'America e l'Europa; congiure e maneggi condotti nel mistero; profonde trasformazioni nelle fibre più delicate dell'organismo sociale; secolari regimi che crollano inaspettatamente, e regimi nuovi che sorgono quasi d'improvviso, ma spesso con un tenace spirito di vitalità; dottrine feconde, o che parvero tali, e strane, se pur generose utopie; tutto ciò insomma, che di più importante e di più memora-

bile ha registrato la storia di questo periodo, è, senza dubbio, più o meno intimamemnte connesso con la forma di ordinamento politico, che le carte costituzionali hanno consacrato. Queste ben si può dire che sono apparse, per parecchie generazioni, come una meta, nella quale sperarono di trovare il proprio assetto la maggior parte degli Stati; simbolo ed espressione di una di quelle correnti vorticose, in cui talora l'umanità s'imbatte e da cui viene spinta nel suo fatale andare. Ma come tale corrente si sia formata, donde essa tragga la sua forza, quale sia la sua intima natura, a che porti conduca e che destini maturi, non può affermare di conoscere se non chi è avvezzo a contentarsi di una troppo superficiale osservazione e non sa che proprio le cose in apparenza più semplici e tangibili celano aspetti inafferrabili. Egli è, che, a parte la difficoltà di apprezzare con esattezza avvenimenti, che hanno manifestazioni così complicate e varie, attraverso un periodo di tempo così lungo, errerebbe di molto chi credesse che siffatto movimento si sia arrestato in quei paesi in cui una carta costituzionale si direbbe venuta per l'appunto a risolvere il problema del loro ordinamento politico. Invece una serie di indizi sta ad avvertici, che anche in tali paesi — non soltanto quelli che sono ancora in fiamme, per compiere il cammino dagli altri già percorso — si trovano tuttavia sotto il medesimo e antico influsso, operante con forze ed oramai in stadi diversi, ma nella stessa direzione. Da questo punto di vista, il fenomeno dell'odierno costituzionalismo non appare che una semplice fase di altri fenomeni più comprensivi e ancora non compiutamente manifestatisi; non un punto di arrivo, ma una forza che ci ha spinto e ci spinge; certo qualche cosa che non possiamo osservare se non come si osserva ciò che è ancora in cammino e trasporta pur noi. Per la via intanto, oramai lunga, che esso ha percorso, si trovano delle tracce, su cui giova fissare la nostra attenzione, tanto più che esse sono qua e là già cancellate e interrotte e non ci accompagnano per tutta la strada, che nel suo inizio si perde, come si è detto, in meandri inesplorati.

Fra tali tracce, le più sicure ed appariscenti, quelle che maggiormente si prestano al breve discorso, che può farsene nella presente occasione, sono le carte costituzionali, così numerose, ma spesso così uniformi, che hanno preceduto quelle attualmente in vigore, conferendo ad esse gran parte dei loro caratteri estrinseci e improntandole, ad ogni modo, del loro spirito. Studiare tali carte non è importante solo per la storia; anzi, non storico, nel senso stretto della parola, vuole essere l'esame che qui se ne tenta, col proposito di considerarle non tanto in se medesime quanto come i precedenti, quasi come i lavori preparatori di quelle che reggono la maggior parte degli Stati odierni. Non quindi il loro contenuto, nei suoi particolari, si intende esporre, e nemmeno accennare alla storia propria di ciascuna di esse: basterà invece ricercarvi il fondamento e l'anima del diritto pubblico vigente.

Questo, di fatti, ne ha ricevuto uno dei suoi caratteri, che, a prima vista, si giudicherebbe soltanto formale, ma la cui importanza è invece grandissima. Il diritto pubblico anteriore, non solo negli Stati sottoposti al regime cosiddetto dell'assolutismo, ma anche nell'Inghilterra, era in grandissima parte soltanto consuetudinario e tradizionale: nell'Inghilterra anzi, siffatto carattere, che esso tuttora vi conserva, appariva ed appare più spiccato, quasi connaturato con l'indole e la vocazione politica di quel popolo. Lì a differenza che altrove, la storia dell'ordinamento costituzionale, tranne che in certi periodi di crisi, siano pure lunghi e violenti, ben si può dire una storia interna, che si è venuta svolgendo e maturando non certo a caso, come talvolta si è ritenuto, ma in virtù di forze quasi sottratte alla volontà e all'arbitrio dell'uomo. Il buon seme della pianta, oramai tante volte secolare, non vi era stato gettato da alcuno e della sua esistenza alcuno mai non si era accorto, avanti che ben assodate fossero le radici e promettenti i primi frutti. Rami e foglie spuntarono, tanto più robusti e verdi quanto più lentamente e spontaneamente, senza deformazioni di artificiosi innesti, e nessuna

mano di presuntuoso agricoltore ha neppure osato di toccare quelli che, dopo tanto tempo, in altri paesi, si sarebbero giudicati già avvizziti o morti e impazientemente recisi. Essi hanno certo risentito la furia delle tempeste e lo schianto dei fulmini, le forze naturali avverse come quelle favorevoli, ma non, per fortuna, tranne che in minima parte, la piccoletta opera umana, che si dice razionale ed è non di rado perturbatrice. Nel 1641, Hobbes non trova ancora definito da nessun autore che cosa significhi « legge fondamentale ». E quando il Cromwell, sedotto dalle teorie contrattualistiche, che si venivano elaborando, pensava di dare all'Inghilterra una costituzione scritta, che avrebbe dovuta essere accettata dall'intero popolo, il suo tentativo non poteva avere altro risultato che quello di farci adesso meditare per quale strana combinazione l'idea di una carta costituzionale doveva nascere proprio in quel paese, che, fino ad oggi, non ne ha posseduta alcuna. Esso, è vero, custodisce fra i suoi più preziosi tesori quegli antichi documenti, in cui talvolta è avvenuto che fossero consacrati princìpi basilari del suo diritto pubblico; ma siffatti testi, sia per alcuni loro speciali caratteri, sia perché concernono solo qualche punto dell'ordinamento politico di quello Stato, non possono certo, nemmeno da lontano, raffrontarsi con le vere e proprie carte costituzionali, nel senso moderno della parola.

L'idea di costringere in una breve serie di articoli, da compilarsi di getto e da promulgarsi in un giorno, le supreme norme che regolano la vita statuale, l'ordinamento dei pubblici poteri, le garanzie della libertà, non può certo sorgere con pratica efficacia quando un popolo ha l'inapprezzabile fortuna di trarre tali norme dalla sua storia e dalle sue tradizioni, il che vuol dire da tutte le facoltà, che abbiano avuto modo di equilibrarsi e di temparsi, della sua stessa anima. Le fonti allora del diritto pubblico, sono quali normalmente debbono essere: varie e complicate, disperse in una quantità di testi e documenti, formatisi in tempi diversi, senza un sistema prestabilito, ma tenuti insieme col saldo cemento

del loro comune carattere, perenne e genuina emanazione dello spirito nazionale, da cui sono stati elaborati. Solo quando un popolo è costretto a romperla con la sua storia e non trova più nel passato la guida sicura per l'avvenire, quando occorre che improvvisi in un'ora di fermento ciò che, di solito, è e dev'essere opera di secoli, esso si trova nella necessità di affidarsi alle incertezze e all'arbitrio, se non al capriccio del razionalismo, di supplire con l'arte e, più spesso, con l'artificio ciò cui dovrebbe provvedere un lungo e involontario processo naturale. Siffatta necessità può manifestarsi nella formazione di un nuovo Stato o nella instaurazione di un nuovo Governo, dopo una crisi aperta o latente. Le carte costituzionali non hanno, di regola, altra origine; e ciò spiega come esse, specie nelle prime formulazioni, si risentano di tutte le indeterminatezze, le deficienze, le ridondanze, le ingenuità, le declamazioni retoriche, che caratterizzano l'infanzia degli organismi politici. Invero adulti e nella vita pubblica ben esperti si sarebbero potuti credere i coloni inglesi dell'America del Nord, che, com'è noto, furono i primi che si diedero siffatte carte, quando a ciò vennero invitati, il 15 maggio 1776, dal Congresso di Filadelfia. In loro, in fatti, vivo e familiare doveva essere il ricordo delle istituzioni della madre patria, da cui allora si staccavano, e quasi trafusa nel sangue la vocazione politica di quest'ultima. Che se neppure essi riuscirono ad evitare i difetti cui si è accennato, ciò dimostra che il senno degli uomini non basta per dare di un tratto ad un ordinamento quella maturità, che solo il tempo, gli eventi, le proprie intime leggi di sviluppo possono conferirgli. Anche nelle vergini terre degli Stati Uniti, la pianta del costituzionalismo, che pur doveva crescervi sicura «sotto il buon parafulmine di Franklin», dimostra in modo visibilissimo, appena trapiantata, il suo, per dire così, vizio di origine. Comunque, l'esempio era dato, e le carte americane, subito tradotte e divulgate in Europa, dovevano, direttamente e indirettamente, essere prese a suggestivo modello dalle costituzioni, che, dopo la bufera dell'89,

naturalizzarono, prima in Francia e poi in tanti altri paesi, la medesima pianta. Direttamente, la prima carta costituzionale, che si ebbe nel continente europeo, la francese, cioè, del 1789-1791, è, com'è risaputo, in molti punti, imitata da quelle americane, specie nella famosa dichiarazione, che la precede, dei diritti dell'uomo e del cittadino: ma, d'allora in poi, è, in generale, per il suo tramite che le infinite costituzioni, che pullulano in Francia e negli Stati che risentirono il contraccolpo della rivoluzione, si riannodano alle prime. La nuova strada fu così aperta e resa ben ampia: e, se non facile, certo luminosa dovette generalmente sembrare, se vi si immisero, pieni di fede, popoli tumultuanti e principi riformatori, e se un bel giorno vi si videro persino giungere, sia pure accolti da un sorriso non molto lusinghiero, gli abitanti del lontano Bosforo. Vero è che essi ebbero presto il buon senso di ritrarsene, preferendo alle Camere parlamentari quelle più misteriose ed attraenti dei loro harem: ma, viceversa, si direbbe che la loro breve e curiosa comparsa non abbia distolto da più fortunati tentativi popoli, che si potevano ritenere adagiati per sempre in ben diverse istituzioni, e che, ciò nondimeno, come qualcuno dell'Asia, su quella via hanno già fatto non poco cammino.

Non solo una lunga e complessa serie di avvenimenti, anzi di rivolgimenti, ma anche la straordinaria forza suggestiva di ben note teorie filosofiche — le quali del resto a quegli avvenimenti si ricollegano in modo molto intimo — ha persuaso un numero così rilevante di Stati a cambiare la rotta della loro storia politica. È necessariamente fuori del nostro proposito di intraprendere qui l'esame del come abbia avuto origine e diffusione nel mondo moderno il principio che è a base di tutto il contenuto delle prime carte costituzionali: il principio cioè, democratico. Dovremmo allora risalire molto lontano laddove, più che alla sostanza delle nuove istituzioni, ci occorre aver riguardo alla forma delle Carte, in cui esse furono consacrate. L'idea, che forse ci sembra così semplice sol perché ci è divenuta troppo abituale,

di condensare e costringere nei pochi e aridi articoletti di una legge, o di un documento che l'equivalga, la vasta e irriducibile materia del diritto costituzionale di uno Stato, si è creduto, forse non senza ragione, che, attuata la prima volta dai coloni inglesi dell'America, sorgesse fra i puritani indipendenti, secondo i quali a base della comunità politica doveva porsi un patto o una convenzione, simile a quelle che dava vita alla loro comunità religiosa. Senonché, in ciò non è certamente lecito vedere se non una manifestazione prossima di un concetto, il quale, a sua volta, è a riconnettersi con la generale concezione che dello Stato ebbero sempre i popoli germanici. I princìpi, infatti, del « congregazionalismo » nel campo religioso, altro non erano, allora, che un'applicazione e trasposizione delle antiche teorie, che vedevano nello Stato un rapporto contrattuale fra il principe il popolo, considerati come due subbietti ben distinti e contrapposti. Soltanto adesso, dopo una serie di vicende, cui qui sarebbe impossibile accennare, sembra che si faccia strada la verità di quelle teorie, che, difese, sin dal secolo XI, dalla scuola giuridica romano-canonica, tentano di ridurre ad un tutto organico questi due elementi, eliminando fra di essi ogni idea di contrapposizione, da cui, assieme alla possibilità dell'accordo contrattuale, potrebbe derivare anche quella di un ineliminabile contrasto. Comunque, quando le prime carte costituzionali sorsero erano per l'appunto nella loro smagliante e seducente fioritura le teorie contrattualistiche, le quali, se nell'America venivano suggerite o rafforzate anche dall'esempio dell'organizzazione ecclesiastica, nel continente europeo traevano alimento e consistenza di dommi quasi indiscutibili dalla cosiddetta scuola del diritto naturale. Qui non importa la troppo speciale questione, se le carte francesi, e quindi le altre che su di queste si modellarono, rimanessero influenzate dalle dottrine di siffatta scuola, nel senso in cui esse erano state ricevute nelle costituzioni americane, oppure nel senso in cui le aveva formulate e divulgate il Rousseau. Quel che è certo si è che scrivere una carta costituzio-

nale fu allora sinonimo di stipulare fra i componenti la società politica un solenne contratto.

È facile prevedere come da tale concezione derivasse inevitabilmente tutto un modo particolare di intendere i singoli istituti in cui si scompone l'ordinamento politico, e chi nello studio di questi è appena versato sa con quali sforzi la dottrina posteriore è riuscita a liberarsi — quando è riuscita — dalle false posizioni, dagli ingannevoli princìpi e dagli inaccettabili corollari, che ne furono e, in parte, ne sono tuttavia la non felice conseguenza.

Ma, a prescindere da ogni rilievo, che trasporterebbe nei campi più riservati della tecnica giuridica, giova mettere in vista che, anche per siffatto carattere loro attribuito, le carte costituzionali sembra che abbiano avuto sull'educazione politica del popolo effetti alquanto diversi da quelli che parve legittimo ripromettersene. Redatte in forma breve, chiara e sistematica, si sperò che esse potessero servire a diffondere fra i cittadini la conoscenza e l'amore dei loro diritti e doveri, costituendo una specie di catechismo civile, da porsi nelle mani di tutti, persino in quelle dei bambini perché vi imparassero a leggere, come si volle per la dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino. L'esperienza dimostra come dal raggiungimento di tale scopo, anche sfrondato da ogni esagerazione puerile o romantica, si sia lontani: ma, comunque, anche se un vantaggio siffatto si fosse ottenuto, esso sarebbe forse rimasto mal compensato da alcuni correlativi svantaggi. Fra questi, il più grave è che, se non determinata, si è almeno rafforzata l'idea che una costituzione può compilarsi in un giorno, anzi in un'ora, e che non grave dev'essere la difficoltà di cancellare i pochi articoli di cui essa si compone, per sostituirli con altri balenati alla mente e fissati in un felice momento di estro. Molte carte costituzionali, che vissero una vita effimera o che rimasero allo stato di semplici disegni, furono compilati per effetto di tale fiduciosa credenza, che, se in certi momenti può riuscire innocua, contribuendo solo ad alimentare qualche uto-

pia, in certi altri periodi può tornare di gravissimo pericolo, specie quando si rivolge contro istituzioni che non hanno avuto il tempo di consolidarsi. La grande dispersione dei testi costituzionali inglesi è, insieme all'indole di quel popolo, una delle cause della stabilità del loro ordinamento, laddove il destino ha voluto che proprio le istituzioni dei paesi più facili al fermento e più tormentati dal desiderio del nuovo rimanessero affidate alla fragilità di un unico testo. Bene è stato osservato, che pubblicare e mettere nelle mani di tutti, come un'opera d'arte e un lavoro di getto, una carta costituzionale, significa quasi aprire un concorso perpetuo a chi saprà far meglio. E non solo perché la perfezione in simili carte è ancora più impossibile a raggiungersi che in altre opere umane, ma anche perché ogni regime è necessità che lasci una quantità di malcontenti, non soddisfi tutti gli interessi, non faccia posto a tutte le forze politiche spesso contrarie, si avrà l'inconveniente di offrire un punto tanto più preciso e determinato quanto più semplice e ristretto, contro cui convergeranno da ogni parte le attività avverse alla costituzione. Questa è invece un bersaglio, che meno frequentemente si colpisce non a proposito quando la prospettiva del suo insieme non si lascia cogliere se non da coloro che hanno a ciò una conveniente preparazione e un'adeguata attitudine. Anche quando un punto di essa rimane vulnerato, gli altri resistono alla breccia, perché ciascuno ha propri appoggi e proprie difese, laddove le singole disposizioni delle carte costituzionali son come tenute assieme da un unico filo e vanno inevitabilmente disperse se questo si rompe: romperlo intanto è quasi una necessità, sol che si voglia modificare o sostituire una di quelle disposizioni. La resistenza che esse oppongono è quella di un forte che rimane preso sol che si riesca a penetrarvi; la resistenza invece di un ordinamento a tipo inglese è quella lunga e continuata delle barricate, che debbono espugnarsi ad una ad una.

Ben è vero che quando le prime carte furono emanate, era opinione comune che la solennità delle forme di cui si

rivestivano e la consacrazione in un documento scritto dei princìpi che contenevano dovessero servire ad accrescere la loro stabilità; che, appunto per tale motivo, esse erano differenziate dalle leggi comuni, rispetto alle quali si ritenevano sacre e intangibili; che tutta una serie di freni e di garanzie si esercitavano per rendere più ponderate le loro modificazioni, quando non si proclamava addirittura la loro assoluta immodificabilità. Ma a chi sottilmente consideri non sfuggirà il rilievo che, mentre il principio delle costituzioni rigide si è andato mano mano, e nella teoria e nella pratica, attenuando e talvolta, come in Italia, è quasi svanito, esso, così com'era posto a base delle prime carte, riusciva ad uno scopo diametralmente opposto a quello cui mirava. È da ricordarsi infatti che, secondo le vedute di allora, la costituzione, mentre involgeva, nella rete, invero non troppo fitta, delle sue maglie, gli organi dello Stato, circoscrivendo e limitando i loro poteri, non vincolava la totalità o la maggioranza del popolo, se non come un contratto, che può sempre sciogliersi e rinnovarsi quando i contraenti a ciò consentano. Ognun vede come quest'idea, che non è stata mai più del tutto dimenticata e che sposta la sede, per dir così, della funzione costituente dallo Stato organizzato nella massa inorganica, mobile e scomposta degli individui, è causa perenne di debolezza nel primo, nel senso che, non solo infrange il principio di autorità, ma colpisce la compagine del suo ordinamento. In altri termini, il carattere di stabilità, che dev'essere il primo requisito di ogni costituzione vitale, vien meno proprio in rapporto a quelle forze che, per la loro stessa natura, sono più inclini a sovvertirlo. Adesso si è fatto certo non poco cammino, così nella scienza come nel sentimento comune, verso la correzione di tali vedute, che, all'epoca delle prime carte costituzionali, si presentavano come verità su cui non cadeva alcun dubbio; e non è questo il luogo di tracciare, neppure nelle sue somme linee, la complessa e non pacifica teoria, che sembra doversi accogliere per il diritto italiano in riguardo ai mutamenti della costituzione. Comunque, si illuderebbe cer-

tamente chi credesse che la vecchia dottrina sia ormai così lontana dal nostro spirito che non possa risorgere, in certe circostanze, con l'antico prestigio. E non è quindi opera inutile insistere sul concetto che una carta costituzionale, tranne il caso specialissimo che essa rappresenti l'epilogo di una convulsione rivoluzionaria, non può avere che il compito, proprio di tutte le leggi, di raccogliere e dichiarare il diritto quale si è venuto lentamente e spontaneamente elaborando. La formidabile questione, già così prediletta dai politici dottrinari, se e fino a qual punto le forme di governo possano essere oggetto di scelta, era, nello spirito delle prime carte costituzionali, risoluta nel senso che l'ordinamento politico fosse « un puro affare di invenzione », per esprimerci con le parole dello Stuart Mill, un « problema da trattarsi come qualunque altro negozio », un oggetto suscettibile di essere guardato « con lo stesso occhio con cui si guarderebbe un aratro a vapore o una macchina per battere il grano ». Certamente, per combattere siffatta filosofia, altrettanto pericolosa quanto erronea, non è necessario spingersi all'altro eccesso e ritenere che i governi non sono opera degli uomini, i quali, di fronte al procedimento naturale con cui quelli nascono, si impongono e si evolvono, non hanno da far meglio che mantenersi nella comoda inerte posizione di semplici spettatori. Basta ed è savio affermare il principio che, non all'opera dell'uomo, astrattamente considerata, può e deve negarsi ogni influenza in questo campo, ma soltanto all'individuo, quando la sua attività non si coordini a quella degli altri individui che formarono le generazioni precedenti e non si confonda e perpetui nella collettività, sempre una attraverso il tempo in cui vive. Ma non era questo il pensiero, implicito o esplicito, delle prime carte: quella francese, infatti, del 24 giugno 1793 poteva enfaticamente proclamare che un « popolo (e voleva dire la maggioranza degli individui, all'infuori dei poteri costituiti) ha sempre il diritto di rivedere, di riformare e di cambiare la sua costituzione » e aggiun-

geva: « una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future ».

Nemmeno del resto giova esagerare, ed è a riconoscere che la forza delle cose ha avuto, a poco a poco, quasi inavvertitamente, ragione di non pochi inconvenienti, cui il sistema delle costituzioni scritte, quale fu da principio inteso, avrebbe potuto dar luogo. Egli è che, specialmente le carte più vecchie, ma in realtà anche quelle adesso in vigore, credettero di consacrare nelle loro disposizioni tutti i princìpi fondamentali del diritto pubblico, ma, in verità, a ciò non potevano riuscire e non riuscirono. Non è un paradosso affermare che il nostro diritto costituzionale è, in buona parte, un diritto non scritto, nonostante le apparenze che potrebbero far credere il contrario. Gli articoli del nostro Statuto, per esempio — e ciò a maggior ragione si potrebbe dire per le carte più antiche — somigliano a delle semplici intestazioni di libri, le cui pagine sono state lasciate bianche e che vengono a poco a poco riempite con i materiali che forniscono i nostri usi e costumi politici, le nostre incipienti tradizioni, in una parola, l'evolversi della nostra vita pubblica. Quegli articoli accennano, più che non dicano; anziché regolare gli istituti che menzionano, li presuppongono già regolati; sono come gli indici, per giunta non completi, di un codice infinitamente più ampio, al quale si riferiscono come se esistesse, ma che in realtà deve ancora venire. È chiaro che una costituzione scritta in modo così incompleto, con tante lacune e con tante reticenze, se non avrà la meravigliosa pieghevolezza e la stupenda flessibilità di quella inglese, può essere suscettibile di molti adattamenti e resta sempre idonea a quella specie di elaborazione interna e di rinnovazione, per dir così, tacita, che può servire ad evitare violente crisi politiche. Va da sé che qui non è il caso di accennare al modo tecnico, con cui la teoria dell'interpretazione delle leggi deve comportarsi in ordine ad un tale stato di cose. Singolare condizione quella in cui si trova il diritto pubblico nei paesi che possiedono una carta costituzionale! L'antica e famosa controversia circa la pre-

feribilità o meno del diritto scritto al diritto consuetudinario, poté, almeno in pratica, risolversi in favore del primo, per quanto riguarda il diritto privato, grazie al grado di maturità e di perfezione da questo raggiunto, nonché il carattere dei rapporti che esso regola. Il diritto pubblico, invece, che ancora è allo stato, per dir così, fluido, proprio quando si credeva di averlo ugualmente costretto nelle rigide formule di una dichiarazione legislativa, si è dimostrato come quelle sottili essenze, che riescono a svanire dal vaso più ermeticamente chiuso. Il che gli è riuscito tanto più agevole, quanto davvero poco esperti erano stati, per fortuna, i compilatori delle prime carte costituzionali.

Queste, difatti, per quanto si riferisce al contenuto — ed in ciò si rinviene una loro nota caratteristica — più che di disposizioni concrete erano ricche di verbose formulazioni di princìpi filosofici di massime dottrinarie, di raccomandazioni ingenue. Più catechismi che leggi, più programmi esse stesse che attuazione di precedenti programmi, facevano a gara a chi concedesse ai cittadini i diritti e le facoltà più ampie, senza garantirli in alcun modo, e imponevano ai poteri dello Stato gli uffici più gravi, senza preoccuparsi dei mezzi necessari per adempirli. Frutto di un'incredibile inesperienza politica e di una fede cieca nella forza naturale delle idee cui s'informavano, esse muovevano dal presupposto che queste idee bastasse enunciarle e scriverle, perché s'imponessero da sé. Non solo non si avvertiva la mancanza di ogni corrispondenza con lo stadio di civiltà in cui dovevano trovare applicazione, con i bisogni effettivi, con i caratteri più fondamentali e più indefettibili della gran maggioranza degli uomini di ogni tempo e di ogni luogo, ma nulla si faceva per scendere in terra dal regno delle nuvole o dalle fantasmagoriche regioni dei sogni. Com'è naturale, le costituzioni posteriori si sono mano mano liberate da un tale ingombro, più dannoso che inutile, di vuoto dottrinarismo, da cui non furono immuni le prime carte americane, ma che rese così caratteristiche le francesi. Quelle attualmente in vigore si distinguono, da

tal punto di vista, per una sobrietà, che è notevole pregio specie di alcuna di esse, come dell'italiana.

Senonché siffatta sobrietà fa maggiormente risaltare la scarsezza del loro vero contenuto, in riguardo al quale non c'è gran differenza fra le carte più antiche e le più recenti. Ciò era necessario, e, come si è detto, fu ed è un bene: anche per la ragione che, se un solido e ben preciso contenuto si fosse riuscito a conferire ad esse, sarebbe stato non lieve e meno rimediabile il distacco fra le costituzioni così introdotte e la vocazione politica dei popoli, che a queste si sarebbero assoggettate. Il più lungo, infatti, e il più persistente (dura ancora) dei sogni perseguiti nella prima fase del costituzionalismo odierno fu quello di trapiantare e far vivere sotto ogni cielo il diritto costituzionale inglese. Come l'idea sia sorta non è facile precisare. Certo essa dovette presentarsi spontanea ai coloni dell'America, che erano vissuti, prima di staccarsi dalla madre patria, sotto l'impero di quel diritto e che dagli indelebili caratteri della razza erano naturalmente portati ad adagiarsi nelle medesime istituzioni dei loro avi. Ma è ugualmente certo, che non le costituzioni americane, mediante il tramite con cui si riannodano, come si è rilevato, a quelle francesi, portarono nel continente europeo il seme che vi doveva germogliare. Questo vi era stato importato ancor prima e, se le dottrine in proposito professate, verso la metà del secolo XVI, dai cosiddetti monarcomachi, si erano isterilite sotto il discredito che vi aveva gettato il Bodin, esse dovevano esser riprese e genialmente animate dal Montesquieu. D'allora in poi, nonostante i contrasti che le venivano dalla pura scuola razionalista, deboli anche quando si appoggiavano all'autorità del Rousseau, la tendenza verso la costituzione inglese doveva sempre più accentuarsi e, per quanto era possibile, trionfare. Ma fu tendenza esclusivamente, o quasi, dottrinale e perciò la sua attuazione non poteva riuscire che incompleta, più apparente che effettiva. Ben più caratteristici e genuini esempi conosce la storia o di istituzioni o di idee, che prima nascono e si sviluppano in un de-

terminato luogo, improntandosi anche a ciò che a questo è specifico, e poi, per impulso quasi sempre oscuro, seguendo correnti quasi sempre misteriose, emigrano, allignano e prosperano in paesi dove non si sarebbe sospettato. Curioso e interessantissimo fenomeno, che, nel campo del diritto, si è manifestato nel modo più completo e mirabile, con la gloriosa trasmigrazione del diritto privato romano. A questa precisamente suole molto spesso riavvicinarsi la recezione del diritto pubblico inglese nel continente europeo, che sarebbe avvenuta con le prime carte costituzionali. Ma è, in parte, un errore, che giova rettificare. Non solo le leggi inglesi, a differenza delle romane, non divennero mai direttamente e nella loro genuina formulazione leggi degli altri paesi, che adottarono il sistema democratico rappresentativo; ma nemmeno può dirsi che siano state imitate, nel senso vero e proprio della parola: solo si ebbe l'illusione di essere a ciò riusciti. Non altrimenti la mano inesperta di un fanciullo traccia talvolta delle linee, in cui nessun altro raffigurerebbe le sembianze, che egli ha creduto di ritrarre. Senza dubbio, i primi studiosi e ammiratori della costituzione inglese la vedevano sotto un prisma, nel quale i diversi suoi punti si concentravano e perciò si offrivano più facili all'osservazione, ma anche perdevano il loro vero aspetto. Né quei tempi di esaltamento, in cui ogni cosa si svolgeva a profitto dell'idea rivoluzionaria, erano i più propizi all'esatta e serena visione delle altrui istituzioni politiche; né il diritto pubblico inglese si presta, per la stessa sua natura, ad esser colto e raccolto in una sintesi. Anche oggi accade di frequente allo studioso non superficiale di dubitare se noi siamo mai riusciti a penetrarne compiutamente lo spirito. E talvolta persino gli stessi inglesi confessano di non saperlo intendere in qualche punto più dominato da caratteri prevalentemente storici. Ad ogni modo, non sembra che quel diritto sia divenuto una specie di diritto comune degli Stati moderni. Le numerose somiglianze fra esso e l'ordinamento giuridico di quest'ultimi si spiegano col fatto che non diverso è il loro principio fondamentale,

cioè il sistema rappresentativo; e si spiega altresì come non indarno si ricorre di frequente al diritto inglese, tanto più evoluto, per gli ammaestramenti che possiamo ritrarne, rispetto alle conseguenze che da quel principio derivano e che esso ha già avuto occasione di sviluppare ora con intuito squisito, ora con logica sicura. Ma solo ammaestramenti noi possiamo e dobbiamo cercarvi, non già il nostro diritto positivo, che ha ben altre fonti. Del resto, anche per quel che concerne la dottrina, è facile rilevare che la sua elaborazione nei singoli Stati continentali si è svolta in modo indipendente da quella inglese. Anzi siffatta indipendenza si è accentuata sino a divenire, sotto alcuni punti di vista, distacco assoluto. Un giurista inglese o americano, si può quasi affermare, non intenderà mai pienamente una costruzione a tipo germanico, nemmeno quando concerne le sue stesse istituzioni, che, viceversa, a noi probabilmente si presentano sotto un angolo visuale, che non sempre sarà il più proprio o, almeno, il più diretto. Comunque sia, non è questa l'occasione più opportuna di insistere su un tema, che, se non manca d'interesse, richiederebbe sviluppi tecnici, che qui non ci son consentiti.

E conviene affrettarci ad una conclusione. Se delle prime carte costituzionali e del sistema che in esse si impernia, mi sono indugiato più nell'esame critico che nel rilievo dei pregi, ciò non è avvenuto perché quest'ultimi io disconosca, ma perché essi sono di solito più noti di quanto non siano i difetti e gli inconvenienti; e, d'altra parte, è, per fortuna, trascorso quel periodo di romanticismo politico, in cui si giudicava quasi doveroso il panegirico e quasi scorretto non dissimulare i lati meno ammirevoli dell'edificio di recente innalzato. Ad alcuni di questi difetti si è venuto man mano rimediando; altri però ne restano e gravi. Ed è un ideale in cui tutti, di qualunque fede politica, possiamo consentire, quello che, elevandoci alle più serene visioni del futuro, ci unisce nella concorde speranza ed ammirazione di un ordinamento istituzionale conforme alle più sane tradizioni, agli istinti più

sicuri della nostra razza, ai bisogni più larghi e alle esigenze più legittime della nostra società. Certo il problema dell'ordinamento politico non è stato mai ignoto a nessun popolo pervenuto ad un certo grado di sviluppo, ma non mai esso fu più agitato, direi quasi più tormentoso, in tutto il continente europeo, che ai tempi moderni. Sperare in una sua assoluta e definitiva risoluzione sarebbe, com'è naturale, utopia, che non avrebbe nemmeno il pregio di perseguire un bel sogno, perché il soverchio quietismo non è mai a desiderarsi in alcun lato della vita sociale. Ma nemmeno giova ed è, quasi direi, fanciullesco consumare ogni energia nel discuter sempre e in ogni punto tutte le istituzioni pubbliche, dalle più alte alle più umili, ora per esercizio retorico, ora per sfogo di insanabile malcontento, spesso per effetto di vera ineducazione politica. Un tempo simili discussioni si aggiravano e si esaurivano nell'eterno dialogo fra i tre eterni personaggi: Monarchicus, Aristocraticus e Democraticus; ora si sono, senza maggior frutto, allargate a ben più numerosi obbietti. E non del tutto infruttuose, se condotte a proposito, potrebbero riuscire, qualora non venissero suggerite dalla falsa credenza, accentuata, come si è visto, dal sistema, male interpretato, delle carte costituzionali, di potere, con dei semplici atti di volontà, distruggere e ricostruire *ex novo*. Distruggere, sì, può essere talvolta facile: ma il grande, il vero problema, che eccede la capacità di ogni individuo, è sempre quello di ricostruire e di ricostruir bene. *Corpora lente augescunt, cito deperiuntur*, osservava profondamente Tacito, e non sarà mai abbastanza gelosa la cura con cui occorre provvedere perché non deperiscano quegli elementi dell'odierno diritto pubblico, che si mostrano più vitali, e lentamente (cio è necessario), anzi naturalmente, senza scosse e senza impazienze, essi crescano, si consolidino, si pieghino, si adattino, si trasformino, se occorre.

Una cura questa che, spettando ad ogni cittadino, ci permette di chiudere il nostro povero discorso, indirizzandolo, come avremmo dovuto far da principio, non solo a quanti,

colleghi e studenti, ci son compagni di studio, ma anche a tutte le gentili e a tutti gli eletti, che contribuiscono a rendere più attraenti e solenni queste nostre annuali riunioni. Non torna forse opportuno, come conclusione del mio dire, più di quanto non stesse a proposito nell'ingenuo articolo della carta francese dell'anno III, il monito che la vita di ogni costituzione è affidata, quasi in sacro deposito « alla vigilanza dei padri di famiglia, alle spose e alle madri, all'affezione dei giovani cittadini »?

V

OSSERVAZIONI SULLA COMPLETEZZA DELL'ORDINAMENTO STATALE

Da *Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza della Regia Università di Modena*, 1925, n. 7, 11.

SOMMARIO: 1. Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico: inesattezza dei termini in cui spesso si pone. — 2. Il problema non concerne le materie dell'ordinamento giuridico. — 3. E neppure le sue norme. Critica di altre opinioni. — 4. Possibilità di lacune istituzionali. Indipendenza di tali lacune dall'esistenza o meno di norme che vi provvedono. — 5. Eccezionale possibilità di lacune in riguardo ai soggetti.

1. Che lo Stato, come qualsiasi altro ordinamento giuridico, abbia una sfera circoscritta e quindi per più versi e sotto parecchi aspetti limitata, è un punto, che, per quanto sia spesso disconosciuto, qui giova presupporre come dimostrato [1]. Ben diverso, sebbene intimamente connesso, è il problema se, entro questa sfera, quale risulta dal diritto positivo e a prescindere da ogni valutazione *de iure condendo* sulla sua corrispondenza o meno ai princìpi della politica legislativa, esso sia sempre e necessariamente un ordinamento completo o possa viceversa presentare delle « lacune ».

Questo problema non può essere esattamente inteso e formulato se non lo si libera da due equivoci fondamentali, che in esso sogliono ricorrere.

---

[1] Il presente scritto si riannoda alle idee da me svolte nel lavoro *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, e di esse è un'ulteriore applicazzione, che intende sciogliere brevemente la promessa ivi fatta (§ 47, 183) di riesaminare il problema delle lacune. Ciò giustifica il carattere fuggevole di alcuni accenni a punti su cui precedentemente mi sono trattenuto e giustifica pure che del detto problema adesso mi occupo solo per quei suoi lati che interessano direttamente la mia tesi fondamentale, sorvolando sugli altri e sulle numerose teorie che vi si riconnettono.

Il primo è che, essendosi sempre ed esclusivamente considerato l'ordinamento statale come norma o complesso di norme, il problema si è riferito soltanto alla completezza o meno del sistema normativo con cui l'ordinamento si identificherebbe. Il secondo deriva dall'erronea opinione che questo, per essere completo, debba contemplare, per provvedervi, tutti i rapporti della vita sociale, tutte le azioni umane, o per comandarle o per vietarle o per dichiararle lecite. In modo che, partendo da questi due punti di vista inesatti, la questione è stata ridotta ai seguenti termini: il diritto statale contiene delle norme che valgano a regolare tutti i rapporti giuridici? E con quest'ultima espressione si sono intesi tutti i rapporti che, per la loro intrinseca natura, non siano insuscettibili di essere giuridicamente ordinati [2]. Sembra che nella stessa formulazione di tale domanda si infiltri, certo contro l'intenzione di coloro che l'hanno proposta, un criterio di diritto naturale, mentre si tratta di un problema di mero diritto positivo. Giacché una questione, sia pure *capace* di essere regolata dal diritto, se poi effettivamente non fosse da questo regolata, non si potrebbe davvero dire una questione giuridica, dal punto di vista di un concreto ordinamento. Comunque, è noto che a questa domanda si è risposto ora affermativamente, escludendo cioè l'esistenza di lacune; ora negativamente, ammettendo quindi la possibilità di lacune: nell'uno e nell'altro caso, con una serie di argomenti che dati gli errori iniziali, non possono ritenersi ammissibili.

2. Anzitutto, è da osservare che il problema non riguarda le « materie », che si comprendono o meno nella sfera dell'ordinamento statale. Poiché nessuna materia, cioè nessun interesse o gruppo di interessi sociali, deve necessariamente, dal punto di vista giuridico, esser preso in considerazione

---

[2] V. esplicitamente, in questo senso, DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, 31-32 e specialmente 81.

dallo Stato, ne viene che il suo ordinamento non può dirsi, sotto questo aspetto, né completo né incompleto. In rapporto all'*ius condendum*, si potranno notare le sue eventuali imperfezioni, la sua eventuale inadeguatezza ai bisogni sociali, alle esigenze della civiltà, ai princìpi della giustizia astratta. Ma questo rimprovero, che, essendo tutte le cose umane sempre perfettibili, si potrebbe muovere ad ogni e qualsiasi ordinamento, non ha senso quando si rimanga nel terreno del diritto positivo. Il quale è quello che è, comprende nel suo ambito le materie che comprende, ne esclude le altre, senza che per tale esclusione possa dirsi incompleto. E se una data materia è presa da esso in considerazione soltanto in parte, ciò vorrà dire che è per il resto giuridicamente irrilevante, il che è perfettamente possibile e tutt'altro che infrequente (3).

3. Considerazioni analoghe e del resto conseguenziali si potrebbero fare anche per quanto riguarda le norme.

La dottrina, che nega l'esistenza di lacune, si è sbizzarrita in vario modo, per dimostrare che ogni ordinamento giuridico deve contenere una norma per ogni caso possibile, anche se non regolato appositamente e direttamente (4).

Anche per il diritto italiano, a conferma di questo assunto, si è invocato, anzi tutto, il principio che il giudice, per non rendersi colpevole del reato di denegata giustizia, deve decidere ogni caso sottoposto al suo esame applicando una norma giuridica, che deve quindi necessariamente esistere; e, in secondo luogo, l'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile, che, in mancanza di precise disposizioni di legge o di disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe, im-

---

(3) V. il mio *Ordinamento giuridico*, cit., *passim* e specialmente § 47.

(4) Per la rassegna di tali opinioni e la relativa bibliografia, rimandiamo all'opera citata del DONATI e ai più recenti studi del BRUNETTI, raccolti nei suoi *Scritti giuridici vari*, I, Torino, 1915, 34 ss.; III, Torino, 1920, 1 ss.; 30 ss., 50 ss.; IV, Torino, 1925, 161 ss.

pone di decidere la controversia secondo « i princìpi generali del diritto ». Per provare poi che questi ultimi siano sempre sufficienti per raggiungere questo scopo, si sono tenute diverse vie, ma specialmente due. La dottrina più antica ha affermato che sia possibile astrarre dalle disposizioni particolari di cui consta l'ordinamento giuridico e per la loro « forza di espansione logica », dei princìpi basilari sottintesi nell'ordinamento medesimo, dei quali quelle disposizioni non sarebbero che corollari, e tali princìpi si potrebbero generalizzare fino al punto cui è necessario giungere per comprendervi il caso in questione. La dottrina più moderna, dubitando di tale indefinita elasticità ed espansività logica di siffatti princìpi, ha creduto di rinvenirne uno concreto, ma che per la sua stessa natura abbraccerebbe tutti i casi non regolati da norme particolari. Esso si desumerebbe, per esclusione e per un argomento *a contrario*, dal complesso di queste ultime: se le leggi, prevedendo casi determinati, stabiliscono per essi date obbligazioni, cioè date limitazioni, ciò vorrebbe dire che, in tutti gli altri casi si vuole che non ci sia alcuna limitazione. E siffatta volontà si tradurrebbe in una norma, che non sarebbe soltanto negativa, perché si afferma che una norma giuridica, per esser tale, deve contenere un comando: essa imporrebbe il dovere di astenersi da qualunque azione che potesse importare altresì una limitazione non preveduta dalla legge, e, corrispondentemente, fonderebbe il diritto di esser libero da questa limitazione, determinando così un rapporto giuridico di tale contenuto. Questa norma generale di esclusione chiuderebbe entro la sua cerchia tutte le disposizioni particolari e renderebbe completo l'ordinamento giuridico, colmando le lacune necessariamente lasciate da questo ultimo ([5]).

([5]) La teoria che nega l'esistenza delle lacune fidando nei mezzi tecnici dell'interpretazione, che varrebbero sempre a colmarle, è la teoria classica: v., fra i tanti: GABBA, *Teoria della irretroattività delle leggi* [3], I, Torino, 1891, 133; FADDA e BENSA, note al *Diritto delle Pan-*

Sembra che a tutti questi ragionamenti se ne debba contrapporre un altro, che si può ridurre ad una formulazione molto semplice.

Poiché ci sono materie giuridicamente irrilevanti è perfettamente naturale che per esse non si abbiano e non si debbano avere norme giuridiche. Anzi, rovesciando questa proposizione, essendo quelle materie costituite precisamente da casi per cui non ci sono norme, la mancanza di norme non significa altro che si tratta per l'appunto di rapporti o di azioni che l'ordinamento statale ha escluso dalla sua sfera: il che, in altri termini, vuol dire che potrà parlarsi di limitazione dell'ordinamento medesimo, ma non già di lacune ([6]). Quando

---

dette del Windscheid, I, pt. I, Torino, 1902, 128 ss.; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, § 28; DEGNI, *L'interpretazione delle leggi* [3], Napoli, 1909, 212; ecc.

L'esistenza di una norma conclusiva dell'ordinamento giuridico, che contemplerebbe tutti i casi non previsti da norme particolari, è prospettata da vari autori. Alcuni la raffigurano come norma puramente negativa, inesattamente interpretando (v. BETTI, *Metodica e didattica del diritto secondo E. Zitelmann*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1925, 10 ss. dell'estratto) l'opinione dello ZITELMANN (*Lücken im Recht*, Leipzig, 1903, 17 ss.), e forse anche dello ANSCHÜTZ (*Lücken in den Verfassung u. Verwaltungsgesetzen*, in *Verwaltungsarchiv*, 1906, XIV, 315 ss.), i quali tuttavia ammettono le lacune; altri come norma positiva, che concederebbe una libertà giuridica nei casi in cui le leggi non impongono limitazioni. Quest'ultima formulazione è stata svolta dal DONATI, *op. cit.*, 28 ss. e accettata da altri: per esempio, RADBRUCK, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1914, 185 ss.; DI CARLO, *Dei nuovi metodi di interpretazione del diritto*, Palermo, 1919, 143 ss. *Contra*, invece: LEVI, *Contributo ad una teoria fisolofica dell'ordine giuridico*, Genova, 1914, § 32; FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Milano, 225; LUZZATO R., *Sull'asserita completezza dell'ordinamento giuridico*, Ferrara, 1922, 22 ss.; CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in *Archivio giuridico*, 1923, 17 ss. dell'estratto; MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1923, 17 ss.; BRUNETTI, *Scritti*, cit., IV, 199 ss.; MICELI, *La completezza dell'ordinamento giuridico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1925; ecc.

([6]) In sostanza, almeno nel concetto fondamentale, è questa la

una norma esiste, si avrà che una data azione sarà o imposta, o vietata, o permessa; nell'ipotesi contraria, l'azione non assumerà nessuna di queste tre figure, e quindi non sarà nemmeno lecita e neanche illecita, sarà giuridicamente irrilevante e, come tale, rientrerà nel campo delle libertà, non giuridiche, ma soltanto di fatto (7).

Donde parecchie conseguenze. Anzi tutto è fuori luogo invocare l'obbligo che ha il giudice di decidere, applicando la legge, ogni questione che gli venga sottoposta. Tale obbligo sarà disimpegnato, anche quando egli accerterà che una data materia resta fuori dell'ordinamento giuridico, e quindi, in base a quest'ultimo, dichiarerà inesistenti i diritti o i doveri che le parti eventualmente affermeranno su un presupposto diverso e respingerà le loro azioni o le loro eccezioni su di esso fondate. In altri termini, una valutazione giurisdizionale è sempre possibile, nel senso che essa sarà, perciò che è giuridicamente irrilevante, un giudizio giuridico negativo (8).

In secondo luogo, che, quando una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge né con una disposizione da cui possa desumersi un'analogia, si debba far ricorso a quel processo di costruzione di princìpi generali, cui accenna l'art. 3 delle disposizioni preliminari del codice

---

tesi sviluppata, com'è noto, specialmente dal BERGBOHM, *Jurisprudenz. u. Rechtsphilosophie*, I, Leipzig, 1892, 371 ss., la quale resiste sempre alle numerose critiche di cui è stata fatta oggetto. Da essa sostanzialmente non differisce l'opinione dello stesso ZITELMANN, *op. cit.*

(7) Dall'affermazione che esistono delle libertà di fatto, deriva logicamente la conseguenza che non può ammettersi un unico diritto di libertà che comprenda tutte le azioni non imposte o non vietate dall'ordinamento giuridico: ci sono invece tanti diritti di libertà quante sono le azioni da queste considerate positivamente come lecite, cioè permesse. Modifico con ciò l'opinione altre volte da me sostenuta. Sulla pluralità dei diritti di libertà, v. per ultimo, però in base ad argomentazioni diverse, RUFFINI, *Corso di diritto ecclesiastico italiano*, Torino, 1924, 184 ss.

(8) Sostanzialmente d'accordo BRUNETTI, *Scritti*, cit., IV, 209 ss.

civile, non ha niente a che fare col problema delle lacune [9]. Si tratta di un procedimento che è e vuole essere soltanto un mezzo di « interpretazione » del diritto positivo, che serve per accertare quest'ultimo e così decidere sui « casi dubbi » o « controversi », cioè per colmare le cosiddette lacune apparenti, per « trovare » una norma che, a prima vista, manca, ma che in realtà esiste. Se ci fosse una lacuna vera, l'interprete esorbiterebbe dal suo ufficio, se vi provvedesse con una norma da lui non rinvenuta, ma posta come se fosse legislatore. La verità è che, quando si ha una materia giuridicamente irrilevante, cioè non regolata dal diritto, egli non può che constatare questo fatto, e a tale risultato può giungere sia in base ad una precisa disposizione, che eventualmente dichiari tale quella materia, sia giovandosi, in mancanza di siffatta disposizione, dell'argomentazione in base all'*analogia legis*, o *iuris*, cioè accertando un principio più o meno generale da cui si desuma questa irrilevanza. Di che natura sia poi tale principio, qui non importa ulteriormente indagare. *In astratto*, si potrebbe anche ammettere che esso si traduca in una norma conclusiva dell'ordinamento giuridico che escluda ogni limitazione in quei casi non contemplati né da disposizioni particolari, né da altre disposizioni estensibili per analogia, né da un complesso delle prime e delle seconde da cui possa ricavarsi una regola che affermi la limitazione me-

---

[9] Non è qui il luogo di richiamare i numerosi scritti anche recentissimi che si sono occupati dei cosiddetti « princìpi generali ». Basti ricordare che l'esistenza di lacune nel diritto positivo, però colmabili col rinvio che questo precisamente, con la disposizione che impone il rinvio ai princìpi generali, farebbe o al diritto naturale o alla natura delle cose, è opinione sostenuta da vari: per ultimo da GANGI, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, in *Archivio giuridico*, 1923, LXXXIX, 137 ss., (ivi altre citazioni) e *Ancora sul problema delle lacune*, Pavia, 1925. Altri invece in tale rinvio hanno visto una norma generale conclusiva dell'ordinamento giuridico, che perciò non avrebbe lacune; così nel rinvio alla natura dei fatti, ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in *Archivio giuridico*, 1921, LXXXVI, 145 ss., e, nel rinvio all'equità, MAGGIORE, *lc. cit.*

desima. In tale ipotesi, si avrebbe comunque una norma negativa, che non creerebbe una libertà giuridica — un diritto di libertà e un dovere di astensione dalle azioni contrarie a tale libertà — ma stabilirebbe soltanto un limite oggettivo dell'ordinamento, da cui risulterebbe una semplice libertà di fatto, non permessa, e quindi non lecita né illecita. Che una norma, per essere giuridica, debba esser sempre positiva, creare dei doveri e, per correlazione, anche dei diritti, sembra che sia un vero pregiudizio. Però è vero che, *nella realtà*, la norma che si è ipotizzata, non esiste come tale, almeno nel diritto italiano. Si ha soltanto che per talune materie non ci sono norme e da questo fatto l'interprete deve desumere il principio — che è un semplice principio logico d'interpretazione, non una norma in senso stretto — che le materie medesime sono giuridicamente irrilevanti.

Senonché, si è talvolta sostenuto ([10]) che una vera e propria lacuna può darsi in quei casi che da una parte, sono giuridicamente rilevanti, perché contemplati dall'ordinamento, che per essi ha una norma, ma che dall'altra parte, non sono da questa regolati compiutamente, nel senso che qualche loro elemento resti indeterminato, per incompletezza della volontà legislativa. Sembra però che questa ipotesi sia irreale. Anzi tutto, siffatta indeterminazione di solito sarà soltanto apparente e rimediabile con la tecnica interpretativa. Ma anche quando fosse effettiva, non se ne potrebbero desumere che due conseguenze: o che si tratta di una materia che solo in parte è giuridicamente rilevante, mentre in parte, precisamente in quella cui la norma non si estende, rimane fuori la sfera del diritto, il che, come si è detto, è perfettamente ammissibile, anzi non infrequente; oppure che la norma che si suppone esistente, sebbene incompleta, in realtà manchi di un suo elemento necessario e integrante e che quindi

---

([10]) ZITELMANN, *op. cit.*, 27 s.; ANSCHÜTZ, *lc. cit.*; THUR, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, I, Leipzig, 1910, 41; DE RUGGERO, *Istituzioni di diritto civile* [2], Napoli, 1921, 156; ecc.

resti inefficace, cioè non sia una vera norma. Nell'uno e nell'altro caso, non si potrà parlare di lacuna vera e propria, ma si avrà sempre e soltanto una limitazione dell'ordinamento giuridico.

4. Il problema è a porsi invece in modo del tutto diverso, quando si abbia riguardo, non solo all'aspetto normativo, ma all'aspetto istituzionale che l'ordinamento giuridico presenta. Da questo punto di vista, lo Stato appare come un edificio, le cui diverse parti sono non soltanto connesse fra di loro, ma spesso presupposte l'una dall'altra, in modo da completarsi a vicenda e sorreggersi scambievolmente. Se per caso una di queste parti vien meno, ed essa è essenziale e necessaria per le altre che rimangono, si può ben dire che l'edificio resta come mutilato e, talvolta, sino al punto da minacciare la sua intera rovina: e allora è esatto parlare di una sua lacuna. Così, per esempio, quando in uno Stato monarchico si estingue la dinastia regnante, finché non si provvede in altro modo a dare un titolare alla Corona o a questa non si sostituisce un'altra istituzione che cambi la forma di governo; così pure quando, per una causa qualunque, quale potrebbe essere un'astensione più o meno persistente del corpo elettorale, non si ha una Camera elettiva, in uno Stato che annoveri questa fra i suoi organi costituzionali; e gli esempi si potrebbero agevolmente moltiplicare. In tutti questi casi, molte altre istituzioni, che non possono funzionare se non in concorso con quelle che vengono a mancare, attraversano evidentemente una crisi, appunto perché tale mancanza è una vera lacuna dell'ordinamento giuridico, che, fra l'altro, produce un arresto nell'esplicazione dei poteri più o meno essenziali allo Stato e questo arresto, a differenza di quel che può avvenire in alcuni casi, quando, cioè, è previsto e regolato, può essere contrario all'ordinamento che presupponga che esso non si verifichi.

La differenza sostanziale che intercede fra tale ipotesi e l'altra in cui viene meno soltanto una norma o un gruppo

di norme, è la seguente. Le istituzioni possono cessare, non soltanto per una causa giuridica, per un mutamento del diritto voluto dall'ordinamento stesso, ma anche per cause di fatto — non importa se necessarie o volontarie, illecite o comunque non vietate — e allora è evidente che la loro cessazione, finché non è rimeditata, dà luogo ad un'incompletezza dell'ordinamento. Questa è determinata dall'antitesi che si stabilisce fra l'ordinamento così come resta nella realtà e l'ordinamento medesimo quale dovrebbe essere per un'esigenza postulata, non in astratto e *de iure condendo*, ma dalla sua stessa struttura concreta e positiva, esigenza che può ancora perdurare non solo di fatto, ma per il diritto non armonizzato col nuovo stato di cose. Le norme invece — a meno che non vengano meno per la stessa caduta di un'istituzione, nel qual caso si rientra nell'ipotesi precedente — cessano per una mutazione dell'ordinamento che è essa stessa giuridica, in quanto vengono abrogate da norme posteriori, e allora si avrà un ordinamento nuovo e diverso, che bisogna considerare in sé e per sé, senza che ci sia ragione di confrontarlo con quello antico. Mancando il confronto, si capisce che non gli si può riferire la qualifica di completo o incompleto, che è sempre un carattere di relazione ([11]).

E qui è necessaria un'avvertenza. Da coloro i quali, nei casi sopra prospettati o in altri simili, hanno visto delle lacune dell'ordinamento giuridico, queste lacune si sono messe in relazione con la mancanza di norme che offrano un rimedio giuridico all'anormalità della situazione che si stabilisce: che se invece una norma che prevede il caso e preordina il rimedio

---

([11]) Ci sembra di avere così dimostrato che la nota dottrina del BRUNETTI, *Scritti*, cit., per cui l'ordinamento giuridico, quando lo si considera in sé e per sé, non può dirsi né completo né incompleto, perché questo sarebbe un giudizio di relazione, che rimane escluso dal modo stesso con cui il problema si pone — qualunque sia l'apprezzamento che della dottrina stessa è a farsi quando l'ordinamento giuridico si considera come un sistema di norme — non può riferirsi all'ordinamento stesso in quanto è un sistema di istituzioni.

esiste, allora non si avrebbe più una lacuna. Così, per esempio, nell'ipotesi della dinastia, si è fatta una distinzione fra quelle costituzioni che, come la nostra, non hanno pensato a dettare delle disposizioni per tale evenienza, e le altre che viceversa stabiliscono ciò che, nel verificarsi di questa, si dovrà o si potrà fare per ricostruire il sistema istituzionale. Le prime avrebbero una lacuna; le altre sarebbero invece complete.

È chiaro però che, se questo ragionamento fosse esatto, la lacuna consisterebbe sempre nella mancanza di norme, il che sarebbe contrario a quanto si è osservato circa l'impossibilità anche logica di tali lacune. La verità è, che, dal punto di vista normativo, l'ordinamento giuridico non sarà, anche in questo caso, incompleto: se manca quella norma, ciò vorrà dire soltanto che si ha una materia che resta fuori di esso, che le azioni che potranno da chiunque compiersi per instarare una nuova dinastia, per addivenire ad un regime repubblicano, per stabilire, in una parola, qualsiasi governo, non dovranno considerarsi né imposte, né vietate, né permesse, ma giuridicamente indifferenti: in altri termini, si avrà — come in altre evenienze — un'instaurazione di fatto, non giuridica, di un nuovo ordinamento costituzionale. Potrà deplorarsi che il diritto positivo si sia astenuto dal dettare disposizioni in questa materia abbandonandola al gioco delle forze politiche e alle incertezze che ne derivano; ma, ad ogni modo, questa sua imperfezione *de iure condendo* — che del resto, talvolta, potrebbe giustificarsi con buoni motivi di opportunità, giacché non sempre giova regolare ciò che presumibilmente potrà avvenire in un lontano futuro — non autorizza a dire che ci sia una lacuna *de iure condito*, che è quel che è, sia per dimenticanza del legislatore, sia per un suo meditato proposito.

Invece, dal punto di vista istituzionale, la lacuna c'è, se l'ordinamento resta privo di una sua parte integrante, che continua ad essere giuridicamente necessaria per esso. E — si noti bene — la lacuna c'è, anche quando esista una norma per rimediarvi, finché coloro che ne hanno, in base a questa,

il potere non provvedono effettivamente a reintegrare o sostituire l'istituzione caduta. Non è infatti la semplice esistenza di questa norma che può far le veci dell'istituzione, la cui mancanza produce la lacuna: perché questa ultima scompaia, è necessario che l'istituzione risorga o le altre si modifichino in modo da poter fare a meno della prima. Analogamente, un edificio in parte rovinato resta rovinato, nonostante che si abbia un progetto di restauro, finché il restauro non sia un fatto compiuto. Anzi l'esistenza di quella norma, come, per continuare nel paragone, l'esistenza di un piano di ricostruzione, non fanno che attestare esplicitamente che c'è la lacuna o la rovina: la rimediabilità giuridica della prima non esclude, ma conferma la lacuna medesima, che resta ufficialmente e con apposita norma constatata e dichiarata, in modo inequivocabile.

Se ciò è vero, si ha la riprova dell'esattezza dell'osservazione che il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico si pone diversamente, a seconda che questo si consideri come un sistema di norme o come un sistema istituzionale: due punti di vista che non si escludono, e che anzi si integrano, ma che sono diversi ed esigono soluzioni diverse. E, nel medesimo tempo, rimane anche ulteriormente dimostrata l'impossibilità di ridurre all'aspetto normativo tutto quanto l'ordinamento giuridico.

Una lontana e indimostrata intuizione della necessità di fare la distinzione che si è messa in rilievo, si è avuta da quegli scrittori ([12]) che hanno ammesso, sia pure partendo da diversi punti di vista, la possibilità delle lacune solo nel diritto costituzionale o nel diritto pubblico, negandola invece

---

([12]) JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*[3], Berlin, 1922, 355; ANSCHÜTZ, *lc. cit.*, 315 s.; SOMLÒ, *Juristische Grundlehre*, Leipzig, 1917, § 115 ss., 118; ed io stesso, *supra*, 76 ss., e nell'altro lavoro *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, in *Archivio giuridico*, 1905, 54 ss., mentre adesso ritengo che tale opinione debba modificarsi come nel testo.

negli altri campi del diritto. In verità, nemmeno del diritto costituzionale, in quanto complesso di norme, si possono avere lacune; e viceversa, queste possono verificarsi là dove si hanno istituzioni anche non costituzionali che scompaiono o si ecclissano, mentre sono giuridicamente necessarie per le altre che rimangono. Vero è soltanto che il diritto costituzionale è quella parte dell'ordinamento, in cui l'aspetto istituzionale è di maggiore importanza e in cui è praticamente più facile che si producano quelle crisi che dànno luogo a lacune.

5. Un'ultima osservazione è a farsi che riguarda quegli elementi dell'ordinamento che sono i suoi soggetti. Essi di solito, quando si considerano singolarmente, sono elementi non necessari e quasi fungibili, in modo che la scomparsa di uno o più di essi non può determinare alcuna lacuna dell'ordinamento medesimo. Tuttavia, se questa è la regola, può darsi l'eccezione. Così, nel caso che si estingua la famiglia regnante, in ultima analisi, è la mancanza di una persona — la persona del monarca — che produce il venir meno di un'istituzione — la Corona —, e quindi la lacuna dell'ordinamento. Senonché, poiché questa si risolve in una lacuna istituzionale, si può anche fare a meno di prendere in immediata considerazione la causa prima da cui deriva e farne una figura di lacuna a sé. In altri ordinamenti però, specialmente di tipo antico, in cui si abbia un governo personale e non istituzionale, il semplice venir meno di una persona determinata, su cui l'ordinamento giuridico faccia assegnamento preciso e insostituibile per l'esercizio necessario di poteri pubblici, può implicare una lacuna, analoga a quella istituzionale, ma tuttavia diversa.

INDICE

civiltà del diritto

collana diretta da † Francesco Calasso
curata da Francesco Mercadante

G. Capograssi — *Il problema della scienza del diritto.*

G. Radbruch — *Lo spirito del diritto inglese.*

T. Viehweg — *Topica e giurisprudenza.*

F. v. Liszt — *La teoria dello scopo nel diritto penale.*

W. Cesarini Sforza — *Il diritto dei privati.*

J. H. v. Kirchmann
E. Wolf — *Il valore scientifico della giurisprudenza.*

P. I. Stučka • E. B. Pašukanis
A. Ja. Vyšinskij • M. S. Strogovič
Teorie sovietiche del diritto.

C. Beccaria — *Dei delitti e delle pene.*

H. L. A. Hart — *Contributi all'analisi del diritto.*

Th. Würtenberger — *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania.*

W. v. Humboldt — *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato.*

P. Vinogradoff — *Il senso comune nel diritto.*

H. Welzel — *Diritto naturale e giustizia materiale.*

K. Larenz — *Storia del metodo nella scienza giuridica.*

F. Calasso — *Storicità del diritto.*

M. Hauriou — *Teoria dell'istituzione e della fondazione.*

K. Olivecrona — *Il diritto come fatto.*

L. Strauss — *La tirannide.*

F. Lopez de Oñate — *La certezza del diritto.*

Seguiranno:

H. W. R. Wade — *Diritto amministrativo inglese.*

K. Engisch — *Introduzione al pensiero giuridico.*

T. Mommsen — *Storia e diritto.*

B. De Jouvenel — *La sovranità.*

R. G. Collingwood — *Il nuovo Leviatano.*

G. Kalinowski — *Introduzione alla logica giuridica.*

S. Romano — *Lo Stato moderno e la sua crisi.*

STAMPATO PRESSO LA
SOCIETÀ TIPOGRAFICA
« MULTA PAUCIS »
VARESE